

要件事実論解説

中京大学法科大学院教授

並 木 茂

目次

第1回

- 1 要件事実とは、なにか。
- 2 民事法は、どのような構造になっているか。
 - (1) 法規範ないし法とは、なにか。
 - (2) 民事実体法および民事手続法とは、なにか。
 - (3) 民事実体法の構造は、どうなっているか。
 - (4) 行為規範の機能と裁判規範の機能は、どのようになっているか。
 - (5) 行為規範の構造は、どうなっているか。
 - (6) 具体的な権利関係の変動の構造は、どうなっているか。
- 3 私法上の権利または法律関係とは、なにか。
 - (1) 私法上の権利または法律関係は、どのように理解すべきか。
 - (2) 私権には、どのようなものがあるか。
 - i 私権を分類すると、どうなるか。
 - ii 私権の存在とその行使は、どのような関係にあるか ポテンシャルとしての権利とアクティブとしての権利
 - iii 法定権利関係の変動の法的根拠と法律行為上の権利関係の変動の法的根拠は、同じか。

第2回

- 4 民事訴訟における審判の対象は、なにか。
 - (1) 民事訴訟とは、なにか。
 - (2) 民事訴訟における審理および裁判の対象となるものは、なにか。
 - (3) 訴えおよび請求とは、なにか。

- i 請求とは、なにか。
- ii 訴えとは、なにか。
- (4) 訴えの類型は、どのような関係にあるか。
- 5 民事訴訟の基本的な流れは、どうなっているか。
- 6 当事者の訴訟行為は、どのような仕組みになっているか。
 - (1) 訴訟行為とは、なにか。
 - (2) 当事者の訴訟行為には、どのようなものがあるか。

第3回

- 7 権利関係と民事訴訟における審判の対象とは、どのような関係になるか。
- 8 権利関係の訴訟手続による保障を実現するには、どうすればよいか。
 - (1) 民事訴訟の判決手続の構造は、どうなっているか。
 - (2) 行為規範を判決手続の構造に適合するには、どうすればよいか 主張責任の分配および証明責任の分配
 - (3) 主張責任の分配および証明責任の分配は、民事法のどの法領域に属するか。
 - (4) 客観的証明責任論は、わが民事訴訟に妥当するか。
 - i ローゼンベルクの証明責任論（客観的証明責任論）とは、なにか。
 - ii 客観的証明責任論は、わが国ではどのように学説継受されたか。
 - iii 司法研修所の要件事実論は、なにを理論的基礎としているか。
 - (5) 客観的証明責任論は、ZPOの定める自由心証主義に固有の解釈論ではないか。
 - (6) わが国における自由心証主義は、どうなっているか。

第4回

- 9 民事実体法典の条項は、行為規範を規定しているといってよいか。
 - (1) 民事実体法典の条項が行為規範を規定しているとする論拠はなにか。
 - (2) 民法典の条項と実質的意義の民法の個別的法規範を構成する行為規範との関係は、どうなっているか。
- 10 わが民事実体法においては、主張責任の分配および証明責任の分配をどのように体系的に理論化すべきか。
 - (1) わが民事実体法における主張責任の分配および証明責任の分配の法的根拠は、なにか。
 - (2) わが民事実体法における主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論は、どのように構築されるべきか。

- 11 旧民法証拠編 1、2 条の法理を踏まえた慣習法を理論づけ体系化する前提としての旧民法証拠編 1 条の解釈上の問題点は、なにか。
- (1) 旧民法証拠編 1 条 2 項前段は、どのように解釈すべきか。
 - (2) 権利関係の変更およびその原因である法律要件についての証明責任の分配は、どのように考えられていたか。
 - (3) 主張責任の分配は、どのように考えられていたか。
- 12 慣習法理としての主張責任の分配および証明責任の分配を体系的に理論づけると、どのようなになるか。
- (1) 権利発生事由および権利消滅事由を認めることができるか。
 - (2) 権利行使効果および権利行使事由と権利行使阻止効果および権利行使阻止事由を認めることができるか。
 - (3) 権利発生障害事由および権利消滅障害事由を認めることができるか。
 - (4) 権利根拠事由および権利滅却事由を認めることができるか。
 - (5) 権利発生効果と権利根拠効果および権利消滅効果と権利滅却効果は、行為規範の法律効果とどのような関係にあるか。

第 5 回

- (6) 法律事実である権利関係の存否を基礎づけまたは排斥する社会事象についての主張責任の分配および証明責任の分配は、どうするのか。
 - (7) 主張責任の分配および証明責任の分配の法則と要件事実および分配効果は、どうなるか。
- 13 通説の要件事実論には、どのような問題点があるか。
- 14 行為責任としての主張責任と結果責任としての主張責任とは、なにか。
- (1) 行為責任としての主張責任とは、なにか。
 - i 行為責任としての主張責任の意義
 - ii 行為責任としての主張責任の機能
 - (2) 結果責任としての主張責任とは、なにか。
- 15 行為責任としての証明責任と結果責任としての証明責任とは、なにか。
- (1) 証明とは、なにか。
 - (2) 要証事実および法律上の推定とは、なにか。
 - i 要証事実とは、なにか。
 - ii 法律上の推定とは、なにか。
 - (3) 行為責任としての証明責任とは、なにか。
 - (4) 結果責任としての証明責任とは、なにか。
- 16 まとめをすると、どうなるか。

第1回

1 要件事実とは、なにか。

要件事実とは、一般に、主要事実と同義であると考えられているが、裁判規範の要件であり、それを体系的な理論としたものが要件事実論であると考えべきである。

要件事実とは、一般に主要事実と同義であると考えられている。判例の中にも、この意味で要件事実を用いている例がなくもない（最一判昭和45・1・22民集24巻1号40頁など）。しかし、この考えには疑問がある。

民法や商法などの民事実体法を構成する個々の法規範（個別的法規範）たとえば、民法でいえば、契約規範の一つとして売買契約規範、法定債権関係の一つとして不法行為に基づく損害賠償の法規範は、原則的に行為規範と裁判規範の複合体あるいは両規範の重層構造であると考えられるが、要件事実とは、裁判規範の要件であると考えべきである。

千差万別な具体的な事実である主要事実をいくら積み重ねてみても、それだけでは体系化した理論を構築することはできない。社会に生起する人の行為を含む諸々の事象、社会事象を一定の基準で類型化し、その中から必要不可欠な要素を抽出して要件とし、それに、その要件に対応した権利または法律関係の発生、変更または消滅という効果を付与して法規範化したものが個別的法規範の行為規範であって、その要件が法律要件であり、その効果が法律効果である。そして、この法律要件および法律効果を、審理または裁判の対象を権利または法律関係（の存在または不存在の主張）であるとする民事訴訟に適合するように、その法律要件および法律効果を実質的に変容しない範囲で民事実体法の解釈により権利または法律関係に関する訴訟当事者の訴訟行為および裁判所の裁判の準則としたもの、それが裁判規範の要件であり効果である。この要件が要件事実である。こうして、要件事実が民事実体法の個別的法規範を構成する裁判規範の要件であるからこそ、これを体系的に理論化することが可能であり、このようにして構築された理論が要件事実論なのである。

（特定の）主要事実とは、（特定の）要件事実に該当する具体的な事実であって、それ以上のものでもそれ以下のものでもないというべきである。

このように、私の考える要件事実とは、通説のいう要件事実とは異なる。そこで、私がなぜそのように要件事実を考えるのかを、通説と対比しながらこれからくわしく述べることにする（なお、通説の主要な問題点は、第5回の13でまとめて述べる）。

2 民事法は、どのような構造になっているか。

民事法の構造については、君たちはすでに勉強済みのことだと思うが、私法上の権利または法律関係（以下「権利関係」という）の発生、変更および消滅（以下「変動」ということがある）の構造を検討する前提として、はじめにそれがどうなっているかを簡単におさらいをしておこう。

(1) 法規範ないし法とは、なにか。

法規範は、サンクションが固有の機関によって担われて制度化し、行動様式も明確に、そして価値原理も特殊な形で体系的に組織化されて言語命題になったものであり、法は、法規範が他の規範から区別された独自の国家社会の秩序を実現するために人の行為を規制するものである。

サンクション sanction 制裁、処罰などと訳されるが、国家ないし社会が人の一定の行為に対して行使する反作用という意味合いで理解したほうがよい場合がある。が固有の機関によって担われて制度化し、したがって、行動様式も明確に、そして価値原理も特殊な形で体系的に組織化されて言語命題となったものが法規範であるが、法規範は、社会規範の一種でありながらも、他の規範取り分け他の社会規範から区別された独自の国家社会の秩序を実現するために人の行為を規制するものであるとされると、規範を超えて単に「法」といわれるようになる。

(2) 民事実体法および民事手続法とは、なにか。

民事実体法は、民法、商法など私法上の権利・義務などの内容を定める法規範の総体のことであり、民事手続法は、民事訴訟法など私法上の権利・義務を確定ないし実現する手続を定める法規範の総体のことである。

一国の法を大別すると、公法と私法に分かれるとされる。両者を区別する規準については、利益説、主体説、法律関係説（性質説）などがあるが、法律関係説によると、法の規律する関係が権力的な関係にあるのが公法であり、非権力的な関係であるのが私法である。つまり、私法は、対等な私人相互の関係を規律する法である。六法でいえば、一般に憲法、刑法、民事訴訟法および刑事訴訟法が公法で、民法、商法が私法だとされる。ところが、民事訴訟法は、私法に分類されることもある。これは、法を民事法と刑事法に大別し、憲法を民事法と刑事法とにまたがる最高法規として理解したうえ、私法上の権利と義務などの内容を定める民事実体法 実体私法ということもあるとそれらを確定ないし実現する手続を定める民事手続法とに分けて、後者に民事訴訟法を入れることからの分類であると思われる。

わが民事法は、基本的には、ロ - マ法の系譜に属するが、同法においては、実体的利益は、訴訟、訴訟行為、訴権などと訳されるアクティオ action と結び付いてのみ保護されたようである。それが16世紀になってフランスの法学者ドノー Doneau, Hugues (ラテン名・ドネルス Donellus, Hugo 1527~91) によって、主観的な権利の体系と民事手続法に分割され、法によって各人に帰属すべきものの特定がそれを獲得する手段についての議論に先行するとされた。しかし、19世紀になってドイツの民法学者であるベルンハルト・ヴィントシャイト Bernhart Windscheid (1817~92) によってドノーのローマ法の理解は否定され、ローマ法では法務官が政策として法的救済を与えるべきだと考えた場合に訴権を付与したことが明らかにされたが、アクティオが実体法的側面と訴訟法的側面とに分離されるべきことは承継され、こうして、アクティオから解放された実体法体系が確立されるようになったといわれている。

(3) 民事実体法の構造は、どうなっているか。

もっとも基本的な民事実体法である民法の構造についていうと、実質的意義の民法は、実定法として対等な私人間の生活関係ないし社会関係を規律する法規範のうち、適用領域が限定されていないものの総体であり、その中には多数の個々の法規範＝個別的法規範があるが、個別的法規範には、組織規範、行為規範および裁判規範があるといわれており、権利関係の変動に直接に関係する個別的法規範は、原則として、層的に重なった行為規範と裁判規範とで成り立っているとされる。

それでは、民事実体法の構造は、どうなっているのでしょうか。一口に民事実体法といっても、それにはいろいろなものがあるので、これからは、説明の便宜上、もっとも基本的な民事実体法である民法をもって民事実体法を代表させることとする。

民法には、君たちもよく知っているように、実質的意義の民法と形式的意義の民法とがある。実質的意義の民法は、実定法として対等な私人 ここにいう私人には、自然人や私法人にかぎらず、私法取引における国、地方公共団体や公法人が入る 間の関係 対等な私人が営む共同生活は、生活関係と社会関係に尽きるから、対等な私人間の生活関係ないし社会関係 を規律する法規範のうち、適用領域が限定されていないものの総体のことである。前に法規範は言語で示された命題すなわち一つの判断の内容になったものだといったけれども、実質的意義の民法がこのように法規範の総体であるということは、その中に多数の個々の命題すなわち個々の法規範があることを意味する。この個々の法規範を個別的法規範という。

個別的法規範には、組織規範と行為規範（生活規範）と裁判規範（裁決規範、紛争解決規範、強行規範）があるといわれている。ただ、組織規範は、権利関係の変動には直接には関係しないから、これを一先ず措くと、行為規範とは、私人を名宛人とし、対等な私人間の生活関係ないし社会関係にかかわる社会事象が生じたときに、それに適用される要件とそれを原因として生じる私法上の効果 それは取りも直さず権利関係の変動であるが を定める法規範をいい、裁判規範とは、訴訟当事者および裁判所を名宛人とし、民事訴訟において訴訟当事者および裁判所が権利関係にかかわる訴訟行為をしたときに、それに適用される要件とそれを原因として生じる訴訟上の効果を定める法規範をいう。そして、個別的法規範は、原則として、層的に重なった行為規範と裁判規範から成り立っているとされる。これが法の重層構造といわれるものである。

これに対し、わが国における現代的な民事訴訟法の体系化を成し遂げられたといわれる兼子一博士は、行為規範を否定される。すなわち、「私法の規定がその適用次元によって、弁証法的体系を形成していることは、裁判規範、紛争解決規範としての特質を示すものである。そしてそれは正に、訴訟上の紛争当事者の攻撃防御としての弁論の弁証法に対応するものに外ならない。更に法規が要件事実を定めるのに、常に一方的に表現するに止め、決して裏表双方から駄目をつめないことも、裁判規範として、必ず一義的紛争解決の結果を導き出せるようにし、訴訟上の引分け無勝負が絶対に生じないようにする立法者の賢明な配慮としてのみ理解できるものである。」（実体法と訴訟法52～3頁）とし、「一旦裁判規範としての法規が制定されれば、私人も自分の紛争を国家の法廷へ持

出せば、これを規準として裁判を受けることが判るから、他人との紛争の予想される場合は、なるべく法規に適合するように行動し、取引に際して細目を取極めたり、証拠を保存しておくのが得策であることを意識するであろう。又紛争が起きかけても、法規が明瞭であれば、当事者も納得し或は諦めて訴訟に持込まないで片付くことになる。このようにして、私法の規定内容が社会の取引関係、生活関係に影響を及ぼすことも否定できない。しかし、これは私法にとっては、裁判規範として存在することの反射的な機能であって、本来の規範的な効力ではない。」(同書58～9頁)といわれるのである。しかし、この兼子博士の見解は、民法などの私法を形式的意義においてのみ理解することに由来するもののようと思われる。川島武宜教授は、「実質的意義における市民法は、近代の市民社会における内部法、資本制経済を構成する権利・義務(行為規範)の体系ないし総体、を意味するが、『民法』ということばは、裁判所において適用されるところの・裁判の基準たるところの・裁判官に向けられた法規範(裁判規範)をも意味する。法典としての『民法』(民法典)は、このような裁判規範としての民法を文章の型態において表現したものである。民法典を明確に裁判規範として把握することは、民法の規定を正しく理解しまた解釈するために必要である。」(民法講義第一巻序説16～7頁)といわれる。しかし、実質的意義の私法を肯定しなければならないこと、形式的意義の民法(民法典)の各個別的法規範が基本的には行為規範であると理解しなければならないことは、おいおい述べることから明らかになるであろう。

(4) 行為規範の機能と裁判規範の機能は、どのようになっているか。

実質的意義の民法の個別的法規範の第一次的機能は、行為規範が私人に対して直接に一定の行為を一般的規準によって指摘することであり、行為規範がこのような第一次的機能を十分に果たすことができず、紛争が発生した場合に備える裁判規範は、補助的・第二次的なものである。

民法など民事実体法の個別的法規範が行為規範と裁判規範の複合体であるとする、両規範は、どのような機能、役割分担をしているのだろうか。田中成明教授は、「法の第一次的機能は、一般私人に対して直接一定の行為を一般的規準によって指摘することであり、一般私人は、いちいち裁判所その他の公的機関の判断を仰がなくとも、自主的にこのような規準に準拠して、本人の責任で自己の行為の法的当否を判断して適切な行為をとったり、法的権利関係の存否・内容を了解し、必要な場合には新たな法的関係を創設したり既存の関係を変更・廃止したりすることが期待されている。...裁決規範は、行為規範がこのような第一次的機能を十分に果たすことができず、紛争や違法行為が発生した場合に備えるものであり、法の規範的機能の最終的実現の確保にとって必須のものであるが、規範論理的にはあくまでも補助的・第二次的なものである。」(法理学講義53～4頁)といわれる(田中教授は、この記述に先立ち、次のように述べておられる。「実定法秩序は統一的な制度的システムとして存立し作動しているが、その重層的構造の解明については、これまでの主な見解を比較検討してみると、『行為規範』『裁決(ないし強制)規範』『組織(ないし権限・構成)規範』という三種類の規範群を基本的区分として考えるのが適切であろう」[同書53頁]。そのうえで、「実定法」一般について行為規範と裁決(裁判)規範の機能を指摘されていることはきわめて示唆的であって、近代法の個別的法規範がこの両規範 その内容等は、それぞれの法の目的によ

て異なることがあるとしても の複合体であることは、実体法にかぎられるものではなく、手続法においても認められるというべきである)。

(5) 行為規範の構造は、どうなっているか。

実質的意義の民法上の行為規範は、一定の条件命題を立てて、それを受けて一定の帰結命題を立てるという形で表現され、この条件命題上の事実（正確には、権利関係、一般条項および不特定概念を含む社会事象）を法律要件といい、帰結命題上の効果を法律効果というが、法律効果は、権利関係の変動という形で定められている。

実質的意義の民法上の行為規範は、「なにになにの事実 正確には、社会事象 があれば、なにになにの効果が生じる」というように、一定の条件命題を立てて、それを受けて一定の帰結命題を立てるという形で表現される。行為規範の内容となるこの条件命題上の事実を法律要件といい、帰結命題上の効果を法律効果という。

一般的には、法律要件は、特定の具体的な事実であり、法律効果は、特定の具体的な権利関係の変動であるとされているかのようである。しかし、「法律要件という観念は、刑法学上における犯罪構成要件の観念が民法学に取り入れられたものであるといわれる」（幾代通・民法総則 [第二版] 178頁）。そのうえ、特定の具体的な事実があると、それを原因として特定の具体的な権利関係が変動するのは、その根拠となる法規範があるからである。この法規範こそ、対等な私人間の生活関係ないし社会関係にかかわる社会事象が生じたときの準則となる行為規範なのである。このように、法律要件も法律効果も命題上の事実であり効果であるから、一般的、抽象的な概念である。

そして、法律要件と法律効果との間には、原因と結果という論理的な関係があるが、わが実質的意義の民法の個別的法規範を構成する行為規範も、この形式に従い、法律要件を、法律効果の原因として必要にした十分な一団の事項、すなわち、人間が五官の作用で認識可能な自然的・社会的事実だけでなく、権利、法律関係、一般条項または不特定概念といった法的判断を要する事項を含んだ社会事象という形で定め、また、法律効果を、権利または法律関係の存否という形では定めなくて、権利関係の変動という形で定めているのである。

(6) 具体的な権利関係の変動の構造は、どうなっているか。

具体的な権利関係は、特定の私人についてあるいは特定の私人間においてある社会事象が法律要件を充足すると、その結果である法律効果から推論され、裁判をまたずに社会に実在するが、ある社会事象が法律要件を充足するかどうかは、法的三段論法を適用して判断される。

今までに述べてきたことから分かってもらえたと思うが、特定の私人についてあるいは特定の私人間においてある社会事象が実質的意義の民法を構成する個別的法規範の行為規範の定める法律要件を充足すると、その行為規範の定める法律効果から推論される具体的な権利関係が変動する。このように、権利関係は、社会において発生して存在し、その後変更し、消滅するのである。

ところが、兼子博士は、「...私権の実在性は裁判によって形成されるのである。...裁判前に於ては、権利の仮象があるに過ぎないが、関係人間に争いがなく、円満にいつている限りは、この仮象

で事が足りるので、敢えてその実相を確かめるに及ばないのである。」（「民事訴訟の出発点に立返って」法協65巻2号83頁。実体法と訴訟法158～168頁にも、同様な論旨を述べておられる）といわれる。しかし、権利関係の社会的実在性は、消滅時効が、権利を行使することができる時から進行して（民166）、判決で確定した権利の期間（民174ノ2）とは別な、一定期間（民167～174）の経過によって完成することの一事をみても明らかであって、兼子博士の見解は、成り立つ余地がないのではないだろうか。

これに対し、司法研修所民事裁判教官室の要件事実についての見解をまとめた増補民事訴訟における要件事実第一巻および民事訴訟における要件事実第二巻（以下「司法研修所・要件事実1巻および2巻」という）が、行為規範を認めるのかどうかは、かならずしも明らかではない。

このように、権利関係の社会的実在性は、近代以降においては疑いのないところである。社会が複雑、多様化し、資本主義の高度の発展によって権利関係の迅速な処理が要求される時代に、裁判によらなければ、権利関係が変動しないというのでは、社会は、機動しきれなくなり、その要請に対応できないことは明々白々なことではないだろうか。

それでは、特定の私人間においてある社会事象が行為規範の定める法律要件を充足するというのは、どのようなことであろうか。大学院生のAが自転車を操縦して歩道を走行中にハンドル操作を誤って歩行中のやはり大学院生のBに接触して怪我をさせ、Bが何回か病院に通って治療を受け、治療費や交通費を支払ったりして財産的出えんをし、また、痛い思いをしたり大学院の授業を欠席せざるをえなかったりして精神的苦痛を被ったとする。われわれは、常識として、BがAに対して損害の賠償を求めることができることを知っている。それを法律的に説明すると、どういうことなのかということである。一般の不法行為による損害賠償請求権発生の法律要件は、簡明にいうと、「人が、責任能力を有する他人から、その者の故意または過失によって違法に自己の法の保護に値する利益を侵害され、それによって損害を被ったこと」であろう。いま例示した社会事象がこの法律要件に当てはまるかどうかを検討し、当てはまるということになると、その法律要件の結果である法律効果としての損害賠償請求権の発生から推論される具体的なBのAに対する損害賠償請求権の発生があると判断されることになる。このような操作を、法律用語で、法的三段論法の適用という。

法的三段論法は、伝統的論理学の三段論法「二つの前提命題から一つの結論命題を得る推論」を法学に借用して応用するものである。すなわち、一定の行為規範の定める法律要件および法律効果を大前提とし、法律要件に当てはまる具体的な社会事象を小前提として、その法律要件の結果である法律効果から推論される具体的な権利関係の変動を得ることである。

3 私法上の権利または法律関係とは、なにか。

(1) 私法上の権利または法律関係は、どのように理解すべきか。

私法上の権利＝私権は、一定の利益の享受の手段として、私法が一定の資格を有する者に与える力であり、私法上の法律関係は、私人の法の規律および法的保障を受ける生活関係ないし社会関係であると解しておこう。

いままで漠然と（私法上の）権利関係などといったが、訴訟実務ではその程度のことで済ませるわけにはいかない。この辺で一応その意味を探っておこう。

私法上の権利を私権（以下、単に「権利」ということがある）というが、私権の意味を一義的に説明することはむずかしい。そこで、取りあえず、権利法説を私権についてなぞって、権利とは、一定の利益の享受の手段として、私法が一定の資格を有する者に与える力であると解しておこう。また、私法上の法律関係とは、私人の生活関係ないし社会関係のうち、法の規律および法的保障を受けるものであると解しておく。したがって、私法上の法律関係のほうが一般的には私権より広いことになる。たとえば、私法上の契約の成否は私法上の法律関係であるが、私法上の契約の有効な成立から私権が発生したり、変更したり、消滅したりするのである。

わが民法は、権利の体系として構成されている（川島武宜・民法総則41頁）。我妻榮博士は、法規範を含む社会規範は、社会に対する義務だけを認めることによって構成することができるのだが、民法は、近世の自由主義法思想の影響を受け、特定の個人に権利を与え、他の者に対してこれを尊重すべきことを命ずることによって、私法的秩序を維持しようとして、権利本位に構成されているといわれている（新訂民法総則31頁）。したがって、たとえば、一般の不法行為をよる損害賠償の主要部分を定める民法709条は、「…損害ヲ賠償スル責ニ任ス」となっていて、義務のほうから規定されているが、これを先ほど示したように、権利のほうから理解し直しておかなければならないのである。

なお、くどいようだが、わが民法における行為規範の法律効果は、権利関係の発生・変更・消滅つまり変動という形になっている。権利関係の存在・不存在つまり存否という形ではない。そして、権利関係の変動と権利関係の存否は、異なるものである。権利関係が発生すると、それが存在することになるが、いったん発生して存在することになっても、その後に客観的または主観的に変更したり、消滅したりすることもあるから、権利関係の発生とその存在とは同じではない。そして、このことは、法律要件の一部（後で述べる法律事実）が権利関係の一時点における存在であるときも同じであって、それをその権利関係の発生で代替することはできない。このことは、しっかり覚えておいてもらいたい。

(2) 私権には、どのようなものがあるか。

i 私権を分類すると、どうなるか。

私権は、いろいろな基準で分類することができるが、要件事実論においてもっとも重要な分類は、私権の作用を基準にするものであって、それによると、支配権、請求権、形成権および抗弁権に分類される。

享受すべき利益ないし法的保護の対象により、財産権と人格権と身分権に分類され、私権の作用により、支配権と請求権と形成権と抗弁権に分類される。いずれも、それぞれに属する権利の総称であり、たとえば、財産権は、さらに物権、債権、知的財産権などに分類され、支配権は、さらに物権や知的財産権などに分類されるが、これらもそれぞれに属する権利の総称であって、さらに細分される（たとえば、物権は、所有権と制限物権〔他物権〕に分類され、制限物権は、用益物権と

担保物権に分類され、用益物権は、民法上は地上権、永小作権、地役権および入会権に、担保物権は、民法上は留置権、先取特権、質権および抵当権に分類される)とともに、民事実体法の条文上では同じ名称であっても、その意味・内容が異なることがある。

ii 私権の存在とその行使は、どのような関係にあるか ポテンシャルとしての権利とアクティブとしての権利

私権取り分け請求権は、それをもっているだけではいわば潜勢的な状態で力をもっているということにとどまって、それが目的とする利益享受または意思支配を実現するにはそれを行行使しなければならない。潜勢的な状態で力をもっているにとどまる権利をポテンシャルとしての権利といい、行使されて利益享受または意思支配を実現した権利をアクティブとしての権利ということにする。

これらの私権のうち、要件事実においてあらかじめ検討しておかなければならないのは、請求権、形成権および抗弁権であるが、形成権および抗弁権の実質的な検討は、別の機会に述べることにし、ここでは、これらの権利とその行使（請求権については、さらにその行使可能性）を検討しておきたい。先ほど、権利は、一定の利益の享受のための手段であると述べたが、この利益の享受は、潜勢的な状態において存在することと、それを実現することとは同じではないことを知っておく必要がある。

このことを、末川博博士の論文である「私権の行使」法学論叢20巻1号222～4頁をそっくり引用して説明に代えたとすると、次のとおりである。「権利は、利益享受又は意思支配そのものを内容とするものではなくて、それらを法律的に可能ならしめること すなわち法律的に正当づけることを内容とするものであるから、畢竟権利は本質的には手段たるの価値を主張し得るにとどまっている。」「斯くの如く権利は現在若くは将来の利益享受または意思支配を可能ならしめる手段たるにすぎぬのであるから、権利を有ってゐるといふことはいはゞ潜勢的 (potential) の状態において力を有ってゐるといふことにとどまって、それが目的とする利益享受又は意思支配を実現するには、今一段の過程即ち潜勢的な力を現実 (actual) のものたらしめる過程を要する訳である。この過程を吾々は権利の行使と名付ける。だから権利を有ってゐるといふこと、権利を行行使するといふことは明らかに区別して観念されることを要する。」「さうして権利の行使はいはゞ潜勢的な状態において力と意識されるものを現実化する過程であって、それは手段を目的にまで止揚し若くは止揚せんとし、静的なものを動態に置くことであるから、個別的には感性的に知覚され得る容態となって現はれる。従って権利自体及び権利を有ってゐるいふことが思惟の世界に属する構象であるのに反して、権利の行使は感性的な現象の世界に属する事実であるといへるであらう。この意味においては権利の行使は権利の現象形態であるともいひ得る。」

実は、このことは、請求権、形成権および抗弁権についてのみにあつてではなく、支配権についてもいえることであつて、たとえば、典型的な支配権である所有権も、それ自体は潜勢的な状態において力をもっているだけであつて、その所有権の円満性が害されて所有権に基づく物上請求権が発生し、それが行使されてはじめてそれが目的とする利益享受または意思支配を実現することが

できるのである。

また、実定法上自然債務が認められるどうかについては議論のあるところであるが、認められるとすれば、その反対形象である債権（請求権）も、権利でありながら（たとえば、時効消滅した債権でも相殺の自働債権とすることができる [民508] から、権利性はあるのである）、一般的には行使することができない。このように、請求権については、実定法上自然債務を認める以上は、それに行使可能性がなければ行使することができない。そのうえ、履行期（の定め）があるときは、履行期が到来するまでは行使可能性がなく、行使することができない。こうして、請求権が目的とする利益享受を実現するためにはそれが行使可能であることも必要となる。

iii 法定権利関係の変動の法的根拠と法律行為上の権利関係の変動の法的根拠は、同じか。

権利関係は、その変動を生ずる法律上の根拠によって法定権利関係と法律行為上の権利関係に区別されるべきである。法定権利関係は、法律の規定を直接の根拠として変動するが、法律行為上の権利関係は、当事者の効果意思を根拠として変動し、民法91条からうかがわれる法律行為自由の原則は、取りも直さず法律行為規範作出自由の原則なのである。

私権の種類というには若干の違和感があるが、要件事実の検討において基礎的かつ重要なものに、法定債権関係と法律行為上の権利関係の区別があるとみなければならないので、ここでそれを瞥見しておきたい。法定権利関係は、法律の規定を直接の根拠として変動なかならず発生するものであって、用益物権でいえば法定地上権（民388、民執81）、担保物権でいえば留置権（民295）や先取特権（民303）、債権でいえば事務管理の費用償還請求権（民702）や不当利得の返還請求権（民703）や不法行為による損害賠償請求権（民709）などである。

これに対し、法律行為（意思表示 [効果意思を外部に表示する行為] を基本的な要素とする法律要件。これには、契約、単独行為および合同行為があるとされる）上の権利関係は、当事者の外部に表示された効果意思を根拠として変動するものであって、たとえば、売主の売買代金請求権や買主の売買の目的物引渡請求権は、売主の売る（買主に対して財産権を移転し、買主から代金の支払を受ける）という効果意思を外部に表示した意思表示と買主の買う（売主に対して代金を支払い、財産権の移転を受ける）という効果意思を外部に表示した意思表示の合致を根拠として発生し、民法555条の規定を根拠として発生するのではない。同条は、具体的な売買契約に関する任意規定を適用するための前提的な条件を指示するというなれば売買契約の定義規定にすぎない。

契約の拘束力の根拠については、大別して法規説と非法規説とがある。わが国の法律実務家は、法規説に与する者が多いようである（賀集唱ほか「研究会・証明責任論とその周辺」判タ350号39頁 倉田卓次発言、定塚孝司・故定塚孝司判事遺稿論集 - 主張立証責任論の構造に関する一試論 3頁など）。それは、おそらくローゼンベルクの学説の影響によるのであろう。すなわち、ローゼンベルクは、「訴えの原因たる請求権を発生せしめるのは、契約ではなく、契約締結にこの効果を付与するところの法律（客観的法）なのである」（倉田訳・ローゼンベルク証明責任論 [全訂版] [以下「ローゼンベルク・証明責任論」という] 319頁）というのである。しかし、法規説では、無名契約の拘束力の根拠をなにに求めるのであろうか。星野英一教授は、西欧において「契約の拘束

力の根拠を、客観的規範でなく、契約当事者の自由意思に求めたことは、すぐれて近代的な思考へのきわめて大きな転換である」(民法論集3巻23頁)といわれる。わが民法は、この近代的な思考を継受したのである。

非法規説にも、意思説(これにも、意思教説または意思主義[法的法律行為論]、表示主義[法的法律行為論]、折衷説などがある)、合意説、信頼説、関係説などがあるが、意思説を採ると、契約当事者の意思による契約の拘束力がその契約に関しては当事者を規律することになる。こうして、契約についていえば、契約を締結するということは、その当事者間で互いに法的に拘束される法規範を作出するということである。わが民法には、フランス民法1134条(「適法ニ形成セラレタル合意ハ之ヲ為シタル者ニ対シテ法的ニ拘束力ヲ有ス。又ハ法ノ許シタル原因ニ因ルノ外取リ消サルコトヲ得ズ。」)やイタリア民法1372条(「契約は当事者間においては法律たるの力を有する。それは相互の同意によりまたは法律によって認められた原因によるのほか解消され得ない。契約は法律によって定められた場合のほか第三者に対しては効果を生じない。」)のような規定(この両規定も、ローマ法諺の「Consensus facit legem. 合意は[当時者間に]法をつくるに由来するもののようである)はないが、民法91条からうかがわれる契約を含む法律行為自由の原則は、取りも直さず契約規範を含む法律行為規範作出自由の原則なのである。

第2回

4 民事訴訟における審判の対象は、なにか。

(1) 民事訴訟とは、なにか。

民事訴訟(広義)は、私人が、財産上ないし事業上の実体的正義を観念的に実現するために、国家機関である裁判所において、権利関係の存否等の主張をし、それを争う私人の対立的な関与の下に、裁判所が、原則として双方の私人の提出する資料により、その権利関係の存否等をめぐる争いを終止すべく、その主張の当否を判断する手続と解すべきである。

民事訴訟の意義には、狭義と広義がある。狭義では、訴えの提起から判決の確定に至るまでの一連の手続すなわち判決手続をいう。広義では、一般的には、私法によって規律される対等な主体の間の身分上または経済上の生活関係に関する事件について、国家機関(とくに裁判所)が、主体間の紛争または利害の衝突を強制的に解決調整するために、対立する利害関係人を当事者として関与させて行う法的手続であるなどと説かれる。しかし、この定義では、民事訴訟法の制定により民事訴訟の審判の対象である人事に関する訴えが民事訴訟から除外されることとなった点を措くとしても、民事訴訟における当事者の主体性および訴え提起の目的が埋没してしまうとともに、審判の対象の権利性が希薄化しているきらいがある。広義の民事訴訟は、私人が、財産上、事業上の実体的正義を観念的に実現するために、国家機関である裁判所において、権利関係の存否等の主張をし、それを争う私人が対立的に関与したうえ、裁判所が、原則として双方の私人の提出する資料により、

その権利関係の存否等をめぐる争いを終止すべく、その主張の当否を判断する手続であろう。

(2) 民事訴訟における審理および裁判の対象となるものは、なにか。

権利関係は訴訟手続により保障されているところ、民事訴訟における審判の対象は、原告（反訴原告を含む）の具体的な権利関係の存否（給付訴訟においては、さらに請求権の行使可能性の存否およびその行使、形成訴訟においては、さらに裁判上の形成権の行使）の主張すなわち（訴訟上の）請求であるべきである。

民事訴訟における審理および裁判（以下、両者を併せて「審判」という）の対象については、これを訴訟物とする見解と請求とする見解とがある。

訴訟物については、旧訴訟物論と新訴訟物論との争いがあり、旧訴訟物論によれば、訴訟物とは、特定の私法上の権利または法律関係のことであり、新訴訟物論によれば、それは、特定の給付または形成を求める法的地位であるという。新訴訟物論は、紛争解決の1回性などを理由に、給付の訴えにおける訴訟物は、相手方から一定の給付を求める法的地位（受給権）であり、形成の訴えにおける訴訟物は、形成を求める法的地位であるとする理論であって、実体法上の請求権および形成権の競合を認めず、請求権および形成権を民事訴訟における審判の対象からはずして、法的地位を基礎づける法的視点あるいは法的観点にすぎないとするわけであるが、手続法である民事訴訟法のほうから実体法の権利の性質ないし態様を否定することは、本末を転倒するものであるというべく、また、民事訴訟の審判における権利関係の直接性を切断するものとして容認することができない。「権利とは、かれのものとしてであれかれに負われたものであれ或る者に依属すると認められた善益を、主人として処理する特典であって、客観法により特定の者には付与され、訴訟手続により保障されているものである」（ジャン・ダバン [水波朗訳]・権利論¹⁴⁴頁）。この見解は、わが民事実体法上の権利にも基本的に（すなわち、「客観法により特定の者には付与され」の「客観法」を「法」とに変えるだけで）妥当する。そもそもヴィントシャイトがアクティオを実体法的側面と訴訟法的側面とに分離したことによって、民事実体法も民事手続法もそれぞれ独立の法体系として成立することになったのであるから、つまり、もともと一つのものを二つに割ったものであるから、両者が相互に関連することは明らかであって、民事実体法上の権利関係が訴訟手続によって保障されていることはむしろ当然のことであるといわなければならないのではないだろうか（後に紹介するが、ヴィントシャイトが証明責任は実体法の体系において明らかになるといっているのは、このことを示すものであろう）。

他方、旧訴訟物論中には、訴訟物を請求と同一視する考えもあるが、訴訟物を権利関係であるとし、その訴訟物をもって民事訴訟における審判の対象とする考えがある。後の考えは、後に述べる確認訴訟原型説あたりを論拠にするものであろうが、この考えには、疑問がある。この考えは、給付の訴えにおける請求中に請求権の行使可能性の存在およびその行使や、形成の訴えにおける請求中に裁判上の形成権の行使を含めることを拒否するものであるといっていよいだろう。民事実体法は、前述したように、権利関係の変動を規定している。この民事実体法の規定の形態のうちから権利関係のみを取り出すことは、不可分一体のものを分解しようとするものであろう。しかも、訴訟物は、

決して抽象的な権利関係ではなく、具体的な権利関係であるから、変動ないし存否を抜きにした具体的な権利関係というものはいりえないのではないだろうか。そればかりでなく、民事訴訟の審判の対象は、生の権利関係の有無でないというべきである。大体において、訴訟物 Streitgegenstand という概念は、ドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」という）には規定がある（2条など）が、わが民訴法には、規定がないのである。これを訴訟の目的と訳して、わが民訴法8条などと同一視することもできないだろう。ZPOには、訴訟の目的 Gegenstand des Streits (Prozesses) は、別の意味に用いられており（6条など）、わが民訴法でいう訴訟の目的は、請求と同義に解すべきだからである（9条参照）。いずれにしても、ドイツがそうだからわが民事訴訟も同じでよいという発想は、そろそろやめるべきではないだろうか。

閑話休題、民事訴訟における審判の対象は、原告（反訴原告を含む）の権利関係の存否（給付訴訟においては、さらに請求権の行使可能性の存否およびその行使、形成訴訟においては、さらに裁判上の形成権の行使。以下、これらを含む趣旨で、「権利関係の存否等」という）の主張すなわち（訴訟上の）請求であるべきである。民事訴訟においては、権利関係の有無を審判するのではなく、請求という原告の主張の当否を審判するのである。このことは、後に説明する証明の意味からも明らかである。権利関係の存否等を基礎づける（積極的または消極的な）事実の存在の主張が争われたときは、当事者は、その存在を証拠ないし弁論の全趣旨によって証明しなければならないが、証明は、その事実が絶対的な意味での真実として存在したことを認定するのではなく、証明度に達すると（七分の心証でよいとする説もあるくらいである）、その事実が存在したと認定するのである。そして、この事実を基礎として権利関係の存否等を判断するのであるから、権利関係の有無を判断する（それでは一種の虚構になる）のではなく、当事者の主張の当否を判断するのである。

(3) 訴えおよび請求とは、なにか。

i 請求とは、なにか。

（訴訟上の）請求は、正確にいうならば、原告が訴えを基礎づけ、かつ、被告に対してする・それぞれの権利関係の性質に応じた審判形式を帶有するところの具体的な権利関係の存否等の主張である。

こうして、わが民事訴訟における審判の対象は、請求と理解しなければならない。請求は、簡潔に言えば、いまも述べたように原告の権利関係の存否等の主張であるが、正確にいうと、原告が訴えを基礎づけ、かつ、被告に対してする・それぞれの権利関係の性質に応じた審判形式を帶有するところの具体的な権利関係の存否等の主張である。

審判の形式の定立は、請求には含まれず、それは訴えにおいてされるべきものであるとするのが多数説であり、請求の問題であるとしながら、これを権利主張としての狭義の請求ではなく、広義の請求の問題であるとするのが有力説であるが、訴えの意義や訴えの3類型とそれらの関係を後に述べるように解することができる。とすれば、審判の形式の定立は、基本的には、審判の対象となる請求の定立に同伴するものであり、確認の訴えにおける請求は、権利関係の存否の確認を求める形式をも帶有するところの原告と被告間での具体的な権利関係の存否の主張となり、給付の訴えにお

ける請求は、給付命令を求める形式をも帶有するところの原告の被告に対する具体的な請求権の存在、その行使可能性の存在およびその行使または将来における行使の主張となり、形成の訴えにおける請求は、権利関係の変動を宣言する形式を帶有するところの原告の裁判上の形成権の存在およびその行使の主張となる。ただ、請求権（その具体的な行使を捨象したところのポテンシャルとしての請求権）の確認の訴えも、確認の利益が認められるかぎり、許容されないわけではないが、それは、処分権主義のしからしめるところであって、訴えの類型の本質にかかわることではないであろう。

ii 訴えとは、なにか。

訴えは、特定の私人が、直接または間接に一定の権利関係の存否等を確定するために、それを争う私人を相手にしてその権利関係の存否等の主張（請求）をするとともに、法定の1審裁判所に対し、その請求について裁判所の強制力をもってする審理および自己に有利な判断（勝訴判決）をするように求める申立てである。

ところで、訴えの意義について、原告が裁判所に対して被告との関係における一定の権利主張（＝訴訟上の請求）を提示し、その当否についての審理および判決を求める訴訟行為（申立て）であるとする見解や、ある者が他の者に対する訴訟上の請求を定立し、裁判所に対して請求についての審判を申し立てる行為であるとする見解などがあるが、後の見解は、さらに、したがって、訴えは、裁判所に対する審判の要求という訴訟行為である。これに対して審判の対象となるのは、被告に対する請求であり、したがって、訴えと請求とでは、その相手方が異なるともいう。前の見解は、訴えをもっぱら裁判所に対するものとするもののごとくであり、後の見解は、訴えと請求とを完全に分離し、訴えのみを裁判所に対するものとし、請求を被告に対するものとする。しかし、前の見解では、請求と被告との関係がネグられてしまい、後の見解では、訴えと請求がどのように結び付いているかが後者が審判の対象となるという以上には見えてこないらしいがある。

訴えには、広狭二つの意義があるというべく、広義で訴えというときは、特定の私人が、直接または間接に一定の権利関係の存否等を確定するために、それを争う私人を相手にしてその権利関係の存否等の主張（請求）をするとともに、法定の1審裁判所に対し、その請求について裁判所の強制力をもってする審理および自己に有利な判断（勝訴判決）をするように求める申立てであり、狭義で訴えというときは、広義の訴えから請求部分を除いた申立て部分である。したがって、広義の訴えには、被告に対する請求が含まれ、かつ、法的性質でいえば、裁判所に対する審判の要求という訴訟行為である申立てであるとともに、申立てを基礎づける（理由づける）法的性質を有するところの法律上の主張である請求を内包したものである。訴えという裁判所に対する関係では申立てをするだけでもよい段階で、請求を明らかにしなければならないのは、ただ裁判所に対して訴訟の客体を示し、裁判所にそれなりの準備をさせて訴訟を促進するということにとどまらず、訴えが被告に対する一定の権利関係の存否等の主張を含むからである。

(4) 訴えの類型は、どのような関係にあるか。

確認の訴え、給付の訴えおよび形成の訴えという類型は、基本的には、私権を作用により分類した・支配権、請求権および裁判上の形成権の性質に由来するというべきであり、ポテンシャルとしての請求権は、確認の利益があるかぎり、確認の訴えにおける請求の内容になりうるが、それは、処分権主義のしからしめるところであって、訴えの類型の本質にかかわることではないであろう。

訴えを請求の内容、性質によって分類すると、確認の訴え、給付の訴えおよび形成の訴えになるが、この3類型の関係について、確認訴訟原型説と紛争類型対応説とでもいうべき説がある。

現在でも有力説である確認訴訟原型説は、訴えの類型を、理論上は確認の訴えが基本的な類型であり、給付の訴えや形成の訴えは、その特殊な場合であるとする説である。すなわち、「通説は、給付判決の執行力は、国家の被告に対する給付命令（又は執行機関に対する執行命令）に基くので（したがって、判決主文も、『金何円を支払え』という命令形が必要であり、『支払う義務がある』というのでは、確認判決にすぎず、執行力はないという）、給付の訴はこの給付命令の発付を求める訴である点で、確認の訴と区別されるものとする。しかし、実体上給付義務のある以上被告が履行しなければならないのは当然で、重ねて給付命令を発することは無意義であり（何故に国家がかかる命令を発し得るかの根拠も疑問である）、執行力は、当事者間に具体的な給付義務の確定されたことを執行機関として尊重して執行すべき職責を負うことに基くものと見ればよい。したがって、給付の訴は、請求内容が被告の原告に対する給付義務の存在の主張である点で、確認の訴の特殊な場合に過ぎない。」「形成の訴における請求認容の判決は、形成要件の存在の確認に基づいて権利関係の変動を宣言する形成判決であって、…形成要件の確定に法律の結付けた効果」（兼子・新修民事訴訟法体系〔増訂版〕144～5頁、147頁）であるというのである。

おそらく現在の通説であろう紛争類型対応説とでもいうべき説は、給付の訴え、確認の訴えおよび形成の訴えの別「は、紛争のタイプ、正確には、請求の主張内容・要求内容の類型的差異にもとづく分類である。」給付の訴え「での紛争の中心は、給付を受けられる地位をもつかどうかであり、その地位がどのような実体権にもとづくものであるかは、前提問題でしかない（給付の内容が同一であるかぎりどのような実体権にもとづいてもかわりない）。これに対し、確認の訴えでは、権利を確認することだけで当事者間の紛争を解決しようとするものであり、実体法上のどのような種類の権利をもつかが紛争解決をもたらすための重要な鍵になる（どのような実体法上の権利をもつかで当事者間の将来の規律内容が異なってくる）。」（新堂幸司・民事訴訟法139頁、142頁）というものである。

しかし、確認訴訟原型説によれば、請求権存在確認の訴えにおける原告の勝訴判決によっても、強制執行ができなければならないが、確認判決に対しては仮執行の宣言を付することができないし、その判決が確定しても債務名義にはなりえないから、成り立ち得ない説であろう。また、紛争類型対応説とでもいうべき説は、新訴訟物論に由来するものであるが、給付判決に執行力が、形成判決に形成力があることを実体法上の権利の性質から説明することができないため、本来的には実体法

上の権利の性質から湧出するところの紛争類型を本質としてとらえているにすぎないところ、新訴訟物論が採り得ないことは前述したとおりである。

訴えの類型は、基本的には、私権を作用により分類した・支配権、請求権および裁判上の形成権（抗弁権は、請求の内容にはなりえないので、措く）の性質に由来するというべきである。支配権は、それ自体では利益享受または意思支配を法律的に正当づけることを内容とするものであって、前述したポテンシャルとしての権利であるから、確認の訴えにおける請求の内容になることができるだけである。請求権も、それ自体ではポテンシャルとしての権利であるから、確認の利益があるかぎり、確認の訴えにおける請求の内容になりうるが（それは、処分権主義のしからしめるところであって、訴えの類型の本質にかかわることではないであろう）、それが行使可能であり、行使されて利益享受が実現し、アクティブとしての権利になった以上は、これを確認の訴えにおける請求の内容とすることは迂遠であって、一般的には許容されず、給付の訴えにおける請求の内容となるのである。そればかりでなく、給付の訴えにおいては、未発生の請求権もそれが将来において行使可能であり、かつ、行使されるならば、請求の内容になることがありうる。たとえば、「継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権についても、…請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変更として…あらかじめ明確に予測しうる事由に限られ」るものの、「これについては請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止しうるという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない点において…期限付債権等と同視しうるような場合には、これにつき将来の給付の訴え」が許される（最大判昭和56・12・16民集35巻10号1369頁）が、これは、そのような請求権であればこそ認められるのである。裁判上の形成権も、それ自体ではポテンシャルとしての権利であるが、それが訴えをもって行使され、アクティブとしての権利にならないかぎり、権利としての利益享受または意思支配を貫徹することができないから、確認の訴えにおける請求の内容にはなり得ない。これらの訴えの類型が権利関係の性質に由来することは、支配権それ自体は、給付の訴えや形成の訴えの請求の内容になることができず、請求権それ自体は、形成の訴えの請求の内容になることができないことからいっても明らかであろう。

5 民事訴訟の基本的な流れは、どうなっているか。

民事訴訟は、原告が被告に対して権利関係をもっているよ（給付の訴えの場合には、さらにそれを行行使することができ、行使するよ、形成の訴えの場合には、さらにそれを行行使するよ）あるいは被告は権利関係をもっていないよと大きく出て、被告がそれを認めればよし、認めなければ、請求を基礎づける主張をし、次いで、以下お互いが相手方の出方をみながら、相手方の争う限度で自分の主張を基礎（理由）づける主張や立証を順次繰り返して行き、それが終わったところで、裁判所がそれを踏まえて判決に結実する仕組みになっている。

民事訴訟のうち、もっとも一般的な形態である地方裁判所における1審の判決手続は、基本的には、次のような経過をたどる。

民事訴訟は、訴えという原告の裁判所に対する申立てに始まり、それに対する判決の言渡しという裁判所の応答で終わるのを本則とする。

原告が訴えを提起するには、被告に対するとともに申立て部分を基礎づける（理由づける）ために、被告に対する具体的な権利関係の存否等の主張である請求を記載した訴状を裁判所に提出しなければならない（民訴133、民訴規53）。原告は、口頭弁論において、訴状を陳述する。これによってその訴訟における審判の対象が提示されるわけである。被告が請求を認める旨の陳述すなわち請求の認諾（民訴266～7）をすれば、訴訟はそれで完結するが、請求を認諾しないかぎり、原告は、口頭弁論において、請求を基礎づける（理由づける）法律上ないし事実上の主張である（請求を理由づける）請求の原因を陳述しなければならない。被告が口頭弁論で請求の原因中の法律上の主張を認めれば、権利自白が成立し、原告は、それを基礎づける（理由づける）事実上の主張や立証をする必要がなくなる（民訴179）が、被告がその法律上の主張を争うときは、原告は、口頭弁論で請求の原因としてそれを基礎づける（理由づける）事実上の主張を陳述しなければならない。被告が口頭弁論で請求の原因中の事実上の主張を認めるときは、自白が成立し、原告は、それを基礎づける（理由づける）立証をする必要がなくなる（同条）が、被告がその事実上の主張を争うときは、原告は、それを基礎づける（理由づける）ために、立証しなければならない。被告が口頭弁論で請求の原因と両立しそれを排斥する法律上ないし事実上の主張である抗弁を提出したときは、原告は、口頭弁論で、被告が請求の原因を争うのと同じ仕方で抗弁を争うか、抗弁と両立しそれを排斥する法律上ないし事実上の主張である再抗弁を陳述しなければならず、被告のそれに対する応答の仕方によって、上述したことと同じ原理に基づいて、主張なり立証なりをするかどうかということになる。

被告は、原告の請求を争うときでも、かならずしも反対申立てをして請求の棄却を求めなければならないことはないが、請求の原因に対しては認否をする必要がある。そして、請求の原因を認めるか、争ったがそれが認められるときは、被告は、口頭弁論で、請求の原因と両立しそれを排斥する抗弁を提出し、原告のそれに対する応答の仕方によって、原告について述べたことと同じ原理に基づいて、主張なり立証なりをするかどうかということになる。

裁判所は、当事者の主張ないし立証の状況を踏まえて訴訟が裁判をするのに熟したときは、口頭弁論を終結したうえ、終局判決をする（民訴243）。

民事訴訟は、このように、まず、原告が被告に対して権利関係をもっているよ（給付の訴えの場合には、さらにそれを行行使することができ、行使するよ、形成の訴えの場合には、さらにそれを行行使するよ）あるいは被告は権利関係をもっていないよと大きく出て、被告がそれを認めればよし、認めなければ、請求を基礎づける主張をし、次いで、以下お互いが相手方の出方をみながら、相手方の争う限度で自分の主張について認識または存在の根拠を明らかにする（基礎づける）あるいはそうなる理由を説明する（理由づける）主張をしたり立証をしたりする。つまり、当事者双方がお互いに、相手方の争うかぎりにおいて、大まかなことから細かなことに、抽象的または表層的なことから具体的または内実的なことに向けての行為を順次繰り返して行き、それが終わったところで、裁判所がそれを踏まえて判決に結実する仕組みになっているのである。

6 当事者の訴訟行為は、どのような仕組みになっているか。

(1) 訴訟行為とは、なにか。

訴訟行為とは、民事訴訟（法）上の効果の発生の原因のうち、訴訟当事者その他の訴訟関係人や裁判所のする意思行為のことであるが、訴訟行為が私法の法律行為上の効果と関連する場合には、外形的には行為が一つしかないようにみえるので、両者の関係をどのように理解すべきかが問題になり、これについては、併存説、両性説、訴訟行為説などがある。

訴訟行為とは、民事訴訟（法）上の効果の発生の原因のうち、訴訟当事者その他の訴訟関係人や裁判所のする意思行為のことである。訴訟行為の法的性質については、民法の法律事実のうちの容態（人の精神作用を要件とするもの）を民事訴訟（法）に翻案する見解と、それを排して独自に考える見解とがあるが、近時は、前の見解が有力になってきているように思われる。前の見解によれば、訴訟行為には、訴えの変更や訴訟上の和解のように行為者の効果意思に基づいてそのとおりの訴訟上の効果が認められる意思表示もあれば、申立てや主張のように訴訟法の規定から効果が認められる準法律行為もある。責問権の喪失のような不作為も訴訟行為であろう。

訴訟行為が私法の法律行為上の効果と関連する場合、たとえば時効の援用（民145）、相殺の意思表示（民506）などが訴訟においてはじめてされたような場合には、外形的には行為が一つしかないようにみえるので、両者の関係をどのように理解すべきかが問題になるが、これについては、併存説、両性説、訴訟行為説などがある。訴訟行為がたとえば時機に後れた攻撃防御方法であるとして却下された場合における裁判外の形成権の行使の帰すなどをめぐって結論を異にする。

(2) 当事者の訴訟行為には、どのようなものがあるか。

当事者の訴訟行為を機能によって分けると、裁判所に働き掛けて自己に有利な訴訟上の効果を得るための取効（的訴訟）行為と、当事者が裁判所の裁判を媒介とせず、直接に訴訟上の効果を生じさせる与効（的訴訟）行為があるが、取効行為を図示すると、下図ようになる。

訴訟行為には、いま述べたように裁判所の訴訟行為もあるが、要件事実を考える場合においてまず念頭に置かなければならないのは、当事者の訴訟行為のうちの取効的訴訟行為である。

当事者の訴訟行為を機能によって分けると、取効（的訴訟）行為と与効（的訴訟）行為がある。与効行為は、当事者が、裁判所の裁判を媒介とせず、直接に訴訟上の効果を生じさせる訴訟行為であって、これには、訴えの取下げ（民訴261）などの単独行為、管轄の合意（民訴11）などの訴訟契約、選定当事者の選定（民訴30）などの合同行為などがある。

取効行為は、裁判所に働き掛けて自己に有利な訴訟上の効果を得るための訴訟行為であり、これには、前述した申立て、主張および立証がある。このうちで重要なのは、主張と立証である。

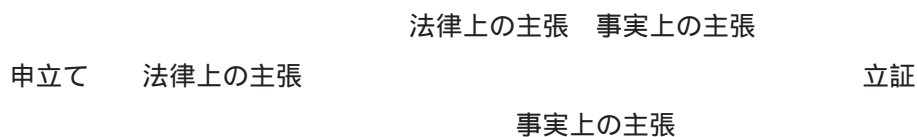
主張には、法律上の主張と事実上の主張がある。前者は、具体的な権利関係、一般条項、不特定概念等の存否に関する当事者の認識・判断の報告であり、権利主張と呼ばれることがある。後者は具体的な人間が五官の作用によって認識可能な自然的・社会的事実の存否に関する当事者の認識・判断の報告である。請求も法律上の主張であるが、ふつうに法律上の主張というときは、請求を基

礎づけ（理由づけ）またはそれを排斥するものである。たとえば、請求が原告の被告に対する具体的な所有権に基づく返還請求権の存在の主張である場合において、被告がそれを認めないときに、原告が、それを基礎づける（理由づける）ために、請求の原因として、原告が（返還の請求をする）目的物を所有していることと、被告がその目的物を占有していることを主張しなければならないが、原告が目的物を所有していることは、その所有権という権利の存在に関する原告の判断であり、被告が目的物を占有していることは、占有が法律関係であるとする、その占有という法律関係の存在に関する原告の判断であり、被告が、請求を排斥しようとするならば、抗弁として、その目的物を占有する権原であるたとえば賃借権を有していることを主張しなければならないが、被告が目的物について賃借権を有していることは、賃借権という権利の存在に関する被告の判断であるから、それらの報告は、法律上の主張すなわち権利主張である。後者すなわち事実上の主張は、請求を直接に基礎づける（理由づける）場合とその余の法律上の主張を基礎づける（理由づける）場合がある。

立証は、挙証ともいわれるが、挙証はやや古い用語のように思われる。立証も挙証も、証明と同義として用いられることがあるが、主張との対応で用いられるときは、証拠を提出する訴訟行為のことである。

以上のことから分かると思うが、請求を除くその余の法律上の主張をするということは、相手方がそれを争えば、それを基礎づける（理由づける）ために事実上の主張をすることを予告する意味があり、事実上の主張をするということは、相手方がそれを争えば、それを基礎づける（理由づける）ために立証することを予告する意味がある。

取効行為を図解すると、次のとおりである。



第3回

7 権利関係と民事訴訟における審判の対象とは、どのような関係になるか。

第1、2回で述べたことは、要件事実論の前提的事項であるが、今回から、いよいよ要件事実論の本題に入ることになる。

民事訴訟の審判の対象である請求の内容となるものは、具体的な権利関係の存否等であるが、それは、社会事象が行為規範の定める法律要件を充足することによってその行為規範の定める法律効果から推論されるところの具体的な権利関係が変動したことの有無によるもの以外に考えることができない。しかし、原告がその具体的な権利関係の変動をもたらす社会事象をもって請求を基礎づけるために主張し証明しなければならない事項であるとする、民事訴訟において、実体的正義を実現することはほとんど不可能になる。

繰り返して述べることになるが、民事実体法の個別的法規範を構成する行為規範の定める法律効果は、私法上の権利または法律関係つまり権利関係の発生、変更または消滅つまり変動になっている。権利関係の存在または不存在つまり存否にはなっていない。ところが、民事訴訟における審判の対象は、請求であるから、原告の被告に対する具体的な権利関係の存否等の主張である。そして、この請求の内容になる具体的な権利関係は、実社会に生じた社会事象が行為規範の定める法律要件を充足した結果として定められている法律効果から推論される具体的な権利関係の変動の有無によるもの以外に考えることができない。

被告が原告の被告に対する具体的な権利関係の存否等の主張つまり請求を認めれば、それで訴訟は完結するが、被告がそれを認めないときは、原告は、その権利関係の存否等を主張しているからには、まずは主張で、被告が事実上の主張を争うときは、次に立証でそれを基礎づけ（理由づけ）しなければならない筋合いである。そうすると、原告は、(A) 請求の内容が原告の被告に対する具体的な権利関係の存在であるとすれば、それと等価値の・原告と被告との間で過去にその権利関係の発生の原因として定められている法律要件を充足する実社会に生じた社会事象があり、それ以後事実審の口頭弁論終結時点にいたるまでの間に、その権利関係の変更の原因として定められている法律要件を充足する実社会に生じた社会事象も、その権利関係の消滅の原因として定められている法律要件を充足する実社会に生じた社会事象もないことを主張し、立証しなければならないことになる。また、(B) 請求の内容が原告の被告に対する具体的な権利関係の不存在であるとすれば、それと等価値の社会事象は、大別と二つある。一つは、(a) 過去にその権利関係の発生の原因として定められている法律要件を充足する社会事象が実社会において生じなかったことである。もう一つは、(b) 過去にその権利関係の発生の原因として定められている法律要件を充足する実社会に生じた社会事象があったが、それ以後に、その権利関係の変更の原因として定められている法律要件を充足する実社会に生じた社会事象があったか、その権利関係の消滅の原因である法律要件を充足する実社会に生じた社会事象があったかしたことである。(B) の (b) を主張し、立証することはそれほどむずかしくはないだろう。また、(B) の (a) を主張し、立証することもいちじるしく困難または不可能であるとはいえないかもしれない。しかし、民事訴訟の大部分を占める (A) のうち、権利関係が発生時から事実審の口頭弁論終結時までの間にその権利関係のどのような変更および消滅の原因となる社会事象もないことをすべて主張し、立証する（権利関係が発生した以後事実審の口頭弁論の終結時点までの期間内におけるその権利関係について起こりうる可能性のあるあらゆる変更の原因となる社会事象とあらゆる消滅の原因となる社会事象を主張し、立証する）ことはいちじるしく困難であるか不可能かであろう。それでは、民事訴訟の大部分は、被告が請求を認諾しないかぎり、原告が実体的正義を実現することは望むべくもないことになる。

だが、権利関係は、訴訟手続による保障という属性をもっている。前述したように、アクティオは、16世紀から19世紀にかけて、権利関係の変動を定める民事実体法と争いのある権利関係の存否等を確定するための手続を定める民事訴訟法とに分化したが、もともとは一体のものであったのであるから、変動する権利関係が訴訟手続による保障という属性をもっていることは、当然のことなのである。憲法³²条は、裁判を受ける権利を保障しており、この裁判を受ける権利は、民事訴訟で

は、訴権として発現する。訴権については、これを否定する説がある（三ヶ月章・民事訴訟法〔法律学全集〕8頁など。なお、三ヶ月「憲法三二条にいう『裁判を受ける権利』とはなにか。」小山昇ほか編・演習民事訴訟法（上）18頁）。従来の訴権と憲法32条の定める裁判を受ける権利の沿革が異なるというのである。しかし、そうであれば、同条の定める基本的人権としての裁判を受ける権利を踏まえ、私人が民事裁判を求める関係をどのように理解すべきかという理念の問題として新しい訴権を構築し、その訴権論がになう課題を見いだしていけばよいだけのことであって、訴権裁判を受ける権利そのものを否定するまでのことはないのではないだろうか。最大判昭和35・7・6民集14巻9号1657頁は、「憲法は一方において基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであって、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。」と判示している。そして、わが国が現憲法下において民事訴訟の制度を設営するのは、基本的人権の一つである訴権を具体的な法的権利とするためであるということになる。民事訴訟の制度的目的については、一元説と多元説があり、一元説には、権利保護説、私法維持説、紛争解決説、手続保障説、権利保障説などがあるが、民事訴訟の制度的目的は、これをただ理論的、観念的に捉えるのではなく、現行法体系の中における制度的目的として捉えるべきではないだろうか。そうだとすると、わが国が現憲法下において民事訴訟を設営する理由をいま述べたように理解するときは、その実質的内容は、訴権概念に規制され、国家が、対等な私人間の財産上、事業上の生活関係、社会関係を規律する民事法上の実体的正義の観念的な実現を強制力をもって支援（フォロー）するために、また、この実体的正義の観念的实现は、私人の権利関係の存否等の確定によって達成されること、それを支援する機関を権力分立主義の下に法律上の争訟を裁判する権限および責任を有する裁判所とした（憲76、裁3参照）ことからいって、私人間のこのような権利関係の存否等をめぐる争いを終止させるためであるというべきではないだろうか。

民事訴訟の大部分が、請求の認諾のないかぎり、実体的正義の観念的な実現は望むべくもないということになると、権利関係の属性である訴訟手続における保障は実質的にはなかったことになるばかりでなく、基本的人権の一つである訴権は絵空言になり、民事訴訟の制度的目的にももたることになる。

8 権利関係の訴訟手続による保障を実現するには、どうすればよいか。

請求の内容が具体的な権利関係の存否等であり、それが行為規範の定める法律効果から推論されるその権利関係の変動の有無を前提とするものであるとして、原告に具体的な権利関係の存否等を基礎づける（理由づける）すべての実社会に生じた社会事象を主張・立証しなければならないとするならば、以上に述べたような不都合が生じることになるとすると、権利関係の訴訟手続による保障を実現し、訴権を実のあるものとし、民事訴訟の制度的目的にかなうように、理論を構築する必要があることになる。

(1) 民事訴訟の判決手続の構造は、どうなっているか。

民事訴訟の判決手続においては、権利関係の存否等を主張する者とそれを争う者とを対立的に関与させる構造になっている。二当事者対立主義といわれるものである。そして、この対立する二当事者は、その地位が平等であり、対等に攻撃防御の機会が与えられなければならないことになっている。当事者対等の原則（双方審尋主義）とわれるものである。

民事訴訟の判決手続においては、裁判権の適正、公平な行使を保障するために、権利関係の存否等を主張する者とそれを争う者とを対立的に関与させる構造になっている。二当事者対立主義といわれるものである。そして、この対立する二当事者は、その地位が平等であり、対等に攻撃防御の機会が与えられなければならないことになっている。当事者対等の原則（双方審尋主義）とわれるものである。そうだとすると、権利関係の存否等を基礎づけるすべての実社会に生じた社会事象について法的三段論法の大前提となる行為規範の法律要件および法律効果を二当事者の地位が平等になり、双方が対等に攻撃防御を提出するように修正すればよいのではないか。

(2) 行為規範を判決手続の構造に適合するには、どうすればよいか 主張責任の分配および証明責任の分配

行為規範を判決手続の仕組みに適合するには、行為規範の定める法律要件および法律効果を実質的に変更しない範囲で判決手続の構造に適合するように修正する解釈をして、裁判規範とすればよいだろう。そして、この修正する法理が主張責任の分配であり証明責任の分配である。

行為規範を判決手続に適合するには、行為規範の定める法律要件および法律効果を、実質的に変更しない範囲においていま述べたような仕組みになっている民事訴訟の判決手続に適合するように修正する解釈をする法理によって可能になるというべきである。

そして、この行為規範の定める法律要件（またはそれを組成する素因である法律事実）および法律効果についてその解釈の範囲内で権利関係の存在等を主張する者とそれを争う者に行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任の負担を分配する法理が主張責任の分配および証明責任の分配の法則であり、行為規範をこの法理によって修正して見いだされた規範が、民事訴訟において訴訟当事者および裁判所が請求およびそれを基礎づけ（理由づけ）またはそれを排斥する権利関係にかかわる訴訟行為をするに当たって準則となる裁判規範である。

(3) 主張責任の分配および証明責任の分配は、民事法のどの法領域に属するか。

主張責任の分配および証明責任の分配は、民事実体法の領域に属する法理である。

主張責任の分配および証明責任の分配が、行為規範をその解釈の許容する範囲で民事訴訟の仕組みに適合するように修正して裁判規範を見いだすための法理であるとする、後に述べる行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任もこの法理の適用の過程で定まるから、これらのすべてが実体法の領域に属する法理ということになる。

証明責任が実体法に属することは、アクティオを実体法的側面と訴訟法的側面とに分離したヴィ

ントシャイトも認めるところである。ヴィントシャイトは、「証拠論については、それは証拠が判決内容の重要な要素である点で判決理論と関連すること当然である。他方、たとい証拠論が純粹に訴訟理論であることが承認されるべきであるにせよ、さらに、実体法の体系において、少なくとも、立証責任論が完結に語られることは合目的であり、また、不可欠である。なぜなら、証拠論について樹てられているところの一般的諸原則は、決して十分でなく、その故に、必然的に個別的法律関係の個別的内容を参酌せざるをえないからである。しかし、この個別的内容の顧慮によって個別的法律関係から明らかとなる事情は、訴訟法の体系においてでなく、まさに、実体法の体系において個別的な当該の法律関係を提示するさいに生じるのである。」(栗田陸雄訳「ローマ私法のアクチオ」伊東乾・原典による法学¹⁰³～4頁)という。そして、ヴィントシャイトが編纂委員会の委員であったドイツ民法第1草案の第1篇総則第10章証拠(193～8条)には、証明責任の分配の通則が規定されていたのである。

また、わが国の旧民法の起草者であるボアソナードも、同様である。ボアソナードは、旧民法証拠編第1部証拠に結実する修正民法草案第1部証拠、前置条例の冒頭において、「[一] 法律学及ヒ法制ニ於テモ亦自余ノ諸般ノ學術ニ於ケルカ如ク証拠ナル語ハ数多ノ意義ヲ有ス而モ其意義相互ニ牽連シ其間甚タ接近セルモノナリ其第一義ハ事件ノ確實ヲ謂フ『裁判官証拠ヲ得タリ』ト謂フハ蓋シ此意義ヲ以テ用ヒタルモノナリ又裁判官ヲシテ事件ノ確實ヲ得ルニ至ラシムルノ所為ヲ謂フコト有リ『何レノ当事者証拠ヲ挙クルノ義務アリ』ト謂フハ則チ此意義ヲ取りタルモノナリ又訴訟関係人ヨリ申立ツル事件ノ真実ヲ表明シ裁判官ヲシテ其確實タルヲ信セシムルカ為メ法律ニ認容又ハ命令セラレタル方法、手続ノ全体ヲ謂フコト有リ『某々ノ証拠ヲ許容シ又ハ必要トス』ト云ヘルハ即チ是ヲ謂フナリ... [改行] [二] 証拠ノ事項ハ諸国ノ法律ニ就テ之ヲ見ルニ固ヨリ裁判例ノ最モ難シトスル所ナリ立法上之ヲ觀ルモ亦均シク難カラストセサルナリ... [改行] [三] 立法上之ヲ觀レハ証拠ノ事項ハ法律ノ基本ト手続トニ關スルモノナリ是ヲ以テ仏蘭西、伊太利、日耳曼、白耳義、和蘭ニ於テハ民法及ヒ訴訟法並ニ之ヲ掲ク日本法案ニ於ケルモ亦然リ此事項ニ於テハ純然タル法理ニ属シ民法中ニ存ス可キ基本ノ原則アリ此原則タル場合ニ依リ何レノ当事者ニ挙証ノ任アルカヲ定メ争論ノ目的ニ從ヒ許容シ又ハ必要トスル証拠ノ諸種ノ方法ヲ定メ各証拠ノ当事者相互ノ間ニ生スル効力又ハ裁判官ニ對スル効力ノ程度ヲ定ムルモノナリ証拠ノ事項ニ於テ民法ノ基本ニ係ル一般ノ理論ニシテ毫モ訴訟法ニ属セサルナリ [改行] 之ニ反シ裁判所ニ於ケル各証拠ノ作用ニ至シテハ訴訟法ニ讓ル可キナリ本案ノ若キモ亦之ヲ訴訟法ニ讓リタリ... [改行] [六] 是ヲ立法者ハ決シテ証拠ノ事ヲ單リ訴訟法中ニノミ記載スルコト能ハサルナリ何トナレハ或ル証拠ハ毫モ訴訟法中ニ存ス可カラス又自余ノ証拠ノ基本上ノ原則モ同法中ニ方式及ヒ期限ニ係ル附從ノ事項ト駢記スルトキハ復タ重要ナラサルニ至ル可シ若シ証拠ノ事ヲ唯一ノ法典中ニ網羅セント欲セハ寧ロ民法ニ之ヲ列置スルニ若カサルナリ何トナレハ主タルモノニ次テ從タルモノヲ置クハ決シテ事理ニ反セサレハナリ且既ニ民法中或ル權利ノ行用ヲ規定スルニ方リ同時ニ之ヲ行フ可キ方式及ヒ期限ノ如何ヲ指示シタル場合アリタリ...然レトモ証拠ノ事ニ關シテハ斯ノ如キ方法ヲ用フルコト能ハス若シ之ヲ用フルトキハ民法ヲシテ細則ヲ有シ慣例ニ反シテ高尚ナラサル事項ヲ包有セシムルニ至ラン [改行] 唯獨リ困難トスル所ハ各法典ニ記載ス可キ所ヲ能ク分別スルニ在リ此点ニ付テハ亦宜シク仏国法典ヲ以テ模

範ト為スヘキナリ」(司法省・ボアソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈第五編 1～5 頁)といい、修正民法草案(その結実としての旧民法)に証拠編を置き、その1814条(旧民法では、1 条)および1815条(旧民法では、2 条)に行爲責任としての証明責任(その前提として主張責任)、証明責任の分配(その前提として主張責任の分配)および結果責任としての証明責任を規定したのである。

ローゼンベルクも、証明責任が実体法に属することを認める。「『証明責任の属する法領域は、係争事実をもって理由づけようとしている要件事実を含む法規が属するのと同じ法領域である』と。けだし、この法領域が、これに属する法規の要件事実の存在する場合の裁判の内容を定めているものならば、一要件事実の存在が証明されなかった場合に裁判官はいかにすべきかとの問いに対して、答えるに違いないからである。つまり、証明責任規範は、訴訟上の問題の判断をどうするかという場合には訴訟法に属するし、その他の公法法規が適用される場合にはその種の公法に属するが、しかし主としては民法に 民事訴訟の絶対多数は私権の行使に基礎づけられているのだから に属するわけなのである。」(ローゼンベルク証明責任論96頁)と。しかし、ローゼンベルクは、証明責任に関する諸原則を次のように説明していたのである。「構成要件の存否不明の場合にどのように裁判するかを裁判官に指示することによって、そういう不明あるにもかかわらず請求認容なり請求棄却なりの判決をなすに至るよう裁判官に助けるもの、それが証明責任の諸原則である。事実主張の真偽が確定しにくい場合に、裁判官に対し、為されるべき判決の内容を指示すること、この点に証明責任規範の本質と価値が存するのである。」(ローゼンベルク証明責任論 9 頁)。そうだとすれば、証明責任の諸原則は、基本的に、訴訟法に属するといわざるをえないのではないだろうか。事実、ローゼンベルクは、証明責任論の第 1 版では、訴訟法説を採っていたのである。

(4) 客観的証明責任論は、わが民事訴訟に妥当するか。

i ローゼンベルクの証明責任論(客観的証明責任論)とは、なにか。

わが国の要件事実論に絶大な影響を与えているローゼンベルクの証明責任論は、要証事実の存否不明(真偽不明)を実体法規を補充するそれとは別の法規である証明責任規範(規定)によって解決する法理であることを理論の出発点としながら、ある一定の法規の適用なしには勝訴しえない当事者は、その法規の要件事実が実際に生じたことにつき証明責任を負う証明責任の本質を確定責任であるとするのであるが、弁論主義の支配する手続においては、主観的証明責任を無用視できないとし、また、主張責任の概念が成立するとし、それは証明責任に全く対応する概念であって、主張責任の対象と範囲とはなにかという問題は、証明責任の分配の問題と同じ方法で解かれるべきものであり、ここでも客観的主張責任・主観的主張責任の両概念を区別できるが、やはり客観的主張責任のほうが基本的であるとする。そのうえで、法規不適用原則から証明責任の分配を導き出し、出発点としてある法規を採ってこれが訴えによる要求の基礎 いわゆる基礎規定、多くは、権利(請求権)根拠(づけ)的ないし発生的規定である になっていると仮定し、請求権は 別のいわゆる反対規定によって、いろいろな風にして排除されうるとして、この別の規定として権利(請求権)障害的(胚芽破壊的)規定、権利(請求権)滅却的規定、権利排斥的ないし抑制的規定があるとする。

ローゼンベルクの証明責任論は、わが国の民事訴訟法学さらには民事裁判実務の主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任の考え方延いては要件事実論に絶大な影響を与え、現在においても、その呪縛から抜け出せないでいるのである。そこで、ここでローゼンベルクの証明責任論を一通りみておく必要がある。

ローゼンベルクの証明責任論は、「われわれの認識手段は不完全なものであり、認識能力には限界があるため、どんな訴訟においても、事実の実際の経過に関する当事者の説明が裁判官を納得させるだけの確実さに至らないという場合が起こりうる。…争訟の基礎をなす事実の経過が細部すべてにわたっては解明されず、裁判する上に必要な事実が一体起こったのか起こらなかったのか、調べ切れない、という場合があるのである。[改行] そんな場合に裁判官はどのような裁判をすべきであろうか。[改行] 事実問題が確定し難いからといって、法律問題を判断不能（ノン・リケット）とする、そういうやり方をする余地はない。裁判官は、いやしくも本案判決のための訴訟要件が存在する以上常に、訴求された法律効果を発生したものと肯定して請求を認容するか、それとも発生しなかったと否定して請求を棄却するか、どちらかの判決をせねばならぬ。」（同書8頁）という疑問の提起からはじまる。そして、「この疑問に答えるのが、証明責任に関する諸問題である。」（同書9頁）としていま述べた証明責任の諸原則を述べる。つまり、ローゼンベルクの証明責任論は、要証事実の存否不明（真偽不明）を実体法規範を補充する（同書10頁）それとは別の法規範である証明責任規範（規定）によって解決する法理であることを理論の出発点とするのである。

ところが、ローゼンベルクは、そのすぐ後で、「裁判官は、係争事件における当該の事実が確定せられなかった場合には常に、当事者に不利益に裁判すべきなのである。」（同書10頁）とし、「裁判官がある法規を適用すなわち法律効果の発生を確定しうるのは、当該法規の前提要件の存在を推論しうべき事実関係についてつまり、要件の存在について積極的心証をいたしたときに限るのだから、逆に不存在の心証をいたしたときばかりでなく、要件が存在するかどうか疑が残ったときにも、法規の適用は行われぬ、ということになる。その場合かかる不確かさから不利益を被るのは、勝訴するのにその法規の適用が必要だったほうの当事者である。そこで、証明責任の原則は次のように言える。すなわち、ある一定の法規の適用なしには勝訴しえない当事者は、その法規の要件事実が実際に生じたことにつき証明責任を負う、もっと簡単に言うなら、適用さるべき法規の要件につき証明責任を負う、のである。」（同書21頁）とする。つまり、「証明責任による解決の求められる問題は、醇化すれば、ある主要事実が（主張ないし）証明されなかった場合に裁判官はどう判決すべきかに尽きる」（同書93頁）のである。しかし、これでは要証事実の存否不明をその不存在とともに法規が適用されないというだけであって、先に紹介した証明責任規範の本質と価値なるものは、一体なんだったのであろうか。

そして、ローゼンベルクは、弁論主義の支配する手続においては、主観的証明責任（だれが立証すべきか）を無用視できるとするのは行き過ぎであるとしながら、証明責任の本質を確定責任（ある事実主張が確定されぬままとなり、証明なしとされる危険）であるとする（同書31頁）。また、弁論主義訴訟においては主張責任の概念が成立するとし（同書54頁）、それは証明責任に全く対応する概念であって（同書55頁）、主張責任の対象と範囲とはなにかという問題は、証明責任の分配

の問題と同じ方法で解かれるべきものであり（同書61頁）、ここでも客観的主張責任・主観的主張責任の両概念を区別できるが、やはり客観的主張責任のほうが基本的であるとする（同書59頁）。

そのうえで、ローゼンベルクは、法規不適用原則から証明責任の分配を導き出す。「根本的には証明責任分配の法則として定立しうるものはただ一つある。これは、上述の、なかんずく第三節（引用者注・法規不適用原則を述べた節）の説明から容易に導かれるもので、次のとおり [改行] 自己の訴訟上の要求がある一定の法規の適用をまって初めて達せられるところの当事者は、その法規の諸要件が実際に生起したことに對する主張および証明責任を負う。[改行] これを簡約して、『各当事者は自己に有利な法規（法律効果が自分に役に立つ法規）の諸要件を主張・立証すべきである』という公式としても誤解のおそれはあるまい。」（同書116頁）というのである。そして、「出発点としてある法規を採ってこれが訴えによる要求の基礎 いわゆる基礎規定、多くは、権利（請求権）根拠（づけ）的（rechtsbegründend）ないし発生的（-erzeugend）規定である になってい」と仮定しよう。例えば、金銭その他の代替物の消費貸借としての引渡によって貸主が種類数量および品等が同じ物の返還請求権を与えられると定める民法六〇七条を採ったとすれば、この返還請求権は別の規定（いわゆる反対規定）によって、いろいろな風にして排除されうる。」（同書117～8頁）として、この別の規定として権利（請求権）障害的（rechtshindernd）（胚芽破壊的 keimzerstörend）規定、権利（請求権）滅却的（rechtsvernichtend）規定、権利排斥的（rechtsausschließend）ないし抑制的（-hemmend）規定があるとする。

こうして、ローゼンベルクは、出発点である「証明責任規範による証明責任の原則」を途中で証明責任の概念および証明責任の分配における「実体法規不適用による証明責任の原則」に論理をすり替えてしまっているのである。

ii 客観的証明責任論は、わが国ではどのように学説継受されたか。

客観的証明責任論がわが国に継受されたのは、大正6年に雫本朗造博士によってであるが、末川博士の反論があったりして、顧みられることがなかった。ところが、昭和12年になって、兼子一博士がこれを取り上げられ、それを昭和29年になってさらに強力に展開されるにおよんで、現在では支配的といってよいほどの通説となっている。

裁判官は、口頭弁論終結時点で、要証の主要事実の存否について、弁論の全趣旨および証拠資料から、その事実があるか、その事実がないか、または、その事実があるかないか分からないかのいずれかの心証を得る。したがって、を解決するための法理が必要であるとするローゼンベルクの説明は、いかにももっともな論理であるかのようである。それかあらぬか、三ヶ月博士も、ローゼンベルクの説明を祖述して、次のようにいわれる。「人間の認識能力は完全ではなく、ことに訴訟の実際で利用できる手段にはおのずから限界があるから、事実関係が解明し尽くされことなく、裁判の基礎として重要性をもつ事情が究明できないままに止まる可能性は常に存在する。しかし、事実関係不明の故に裁判所が裁判を拒むことが許されないのが近代的裁判の不可欠の要請であるから、このような場合には、存否不明の事実を、当事者のいずれか一方の不利益に、有るとか無いとか判断して裁判を可能ならしめることが必要となる。挙証責任分配の法則はまさにそのため

のものである。」(民事訴訟法 [第三版] [法律学講座双書] 441頁) と。

そして、「およそ裁判である限り、右にみたような意味での挙証責任分配の法則は、常に何らかの形で予定されているとみるべきものであるが、弁論主義のもとにおいては、こうした事態が弁論主義という建前を通して屈折して当事者の地位の上に投影され、その行為責任という形で現れてくる。弁論主義のもとでは、主要事実の主張・立証の責任は当事者に負わしめられるのであるから、当事者は自己に有利な裁判を取得するためには、その事実を主張し立証しなければならない立場に立たされる。かくて弁論主義のもとでは、右にみた挙証責任の概念 (これを客観的挙証責任という) の投影として、こうした行為責任としての挙証責任が明確に把握されるとともに、さらにそれに先行するものとして主張責任という行為責任もまたはっきり觀念されるのであり、ここに弁論主義というものの一つの特徴があるといえる…。」(同書442頁) といわれるのである。

客観的証明責任論がわが国に継受されたのは、大正6年に雉本朗造博士によってである(「挙証責任ノ分配」土方教授在職二十五年記念・私法論集481頁)が、末川博士の反論があったりして(「一応の推定と自由なる心証」法学論叢17巻1号28頁)、顧みられることがなかった。ところが、昭和12年になって、兼子博士がこれを取り上げられ(民事訴訟法概論中巻289頁)、それを昭和29年になってさらに強力に展開されるにおよんで(「立証責任」民事訴訟法講座2巻561頁以下)、いま三ヶ月博士のご見解を代表的に紹介したが、現在では支配的といってよいほどの通説となっている。

iii 司法研修所の要件事実論は、なにを理論的基礎としているか。

司法研修所の要件事実論は、その前提となる証明責任およびその分配について、客観的証明責任を実体法不適用原則による証明責任の諸原則にすり替えたことまでも含めて、ローゼンベルクの証明責任の概念や法規不適用原則、それから論理必然的に析出されるその分配をそのまま踏襲しているといってもよいのであろう。

司法研修所の要件事実論は、要件事実を主要事実と同義としたうえ(司法研修所・要件事実1巻3頁)、「訴訟上、ある要件事実の存否が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険を立証責任と呼ぶ(客観的立証責任と同義。証明責任ともいう。)。」(同書5頁。下線は、引用者)といい、「ある要件事実を証明することができないで終わったために当該法律効果の発生が訴訟上で認められないという不利益または危険を立証責任と定義する以上、立証責任は当該法律効果の発生によって利益を受ける側の訴訟当事者に帰属することになるが、法律効果の発生要件は、すべて客観的に実体法の各法条が規定するところであり、これら実体法の規定は、その法律効果が他の法律効果に対してどのように働くかという観点から、権利(法律関係)の発生要件を定めた権利根拠規定(拠権規定)、その権利発生の障害要件を定めた権利障害規定(障害規定)、その権利行使を一時的に阻止する要件を定めた権利阻止規定(阻止規定)、及びその権利の消滅要件を定めた権利滅却規定(消滅規定)の四つに分類されると考え、これらの法律効果の働き方によって論理的に定まる組合せに従い、訴訟の当事者は、それぞれ自己に有利な法律効果の発生要件事実について立証責任を負うとするもので、この通説的見解を一般に法律要件分類説と呼んでいる。」(同書5～6頁。下線は、引用者)という。そして、「ある法律効果の発生要件に該

当する事実が弁論に現れないために、裁判所がその要件事実の存在を認定することが許されない結果、当該法律効果の発生が認められないという訴訟上の一方の受ける不利益又は危険を一般に主張責任と呼んでいる。」(同書11頁)といい、「ある法条の法律効果の発生によって利益を受ける当事者が一定している以上、この当事者に右法律効果発生要件事実についての立証責任はもちろん主張責任もまた帰属することになるのは、前述の立証責任及び主張責任の概念から導き出される当然の帰結である。このことを指して、主張責任の分配は立証責任の分配に従うとか、あるいは、主張責任は立証責任が弁論主義というフィルターを通して主張の場に投影されたものと説明されることもあるが、右分配の基礎となるものは、当該法律効果の発生要件を定めた実体法の規定にほかならない。」(同書21頁)というのである。

これでは、司法研修所の要件事実論は、その前提となる証明責任およびその分配について、客観的証明責任を実体法不適用原則による証明責任の諸原則にすり替えたことまでも含めて、ローゼンベルクの証明責任の概念および法規不適用原則さらにそれから論理必然的に析出されるその分配をそのまま踏襲しているといってもよいのではないだろうか。

(5) 客観的証明責任論は、ZPOの定める自由心証主義に固有の解釈論ではないか。

ZPO286条は、自由心証主義の妥当領域を、真実か不真実(真実でない)かの場合であると規定するから、それから脱落した真偽不明を解決する法理が必要となり、その解釈論として客観的証明責任論が考えられたのである。

だが、証拠法取り分け自由心証主義に関しては、ZPOとわが民訴法とは異なった規定となっており、その結果、証明責任についての考えも同じであってはならないのである。

1877年2月19日に公布されたZPOの259条は、自由心証主義について次のとおり定めていた。

「裁判所ハ弁論ノ全旨及ヒ証拠調ヲナシタルトキハソノ結果ヲ参酌シ其自由ナル心証ヲ以テ事実上ノ主張ヲ真実又ハ不真実ナリト認ムヘキヤ否ヤヲ判断ス判決ニハ判事ノ心証ノ標準トナリタル理由ヲ開示セサル可ラス

裁判所ハ此法律ニ記載シタル場合ニ限り法律上ノ証拠規則ニ拘束セラル

そして、2項の「法律上ノ証拠規則」の一つとして、437条は、次のとおり定めていたのである。

「弁論ノ結果及ヒ証拠調ヲ為シタルトキハ其結果ヲ証明スヘキ事実ノ真否ニ付キ裁判所ノ心証ヲ生スルニ十分ナラサルトキハ裁判所ハ係争事実ニ付キ当事者ノ一方ニ宣誓ヲ負担セシムルコトヲ得」

それとともに、当事者本人を証拠方法とすることができなかった。つまり、当事者本人は、民事訴訟においては宣誓の主体になりうるだけだったのである。

このように、ZPOは、自由心証主義の妥当領域を、裁判所が要証の主要事実についての事実上の主張が真実であると認められるときと不真実と認められるときに限定し、裁判所は、それが真偽不明であるときは、当事者の一方に裁判宣誓を命ずる条件付判決をし(439)、宣誓を命じられた当事者が宣誓をすると、その宣誓が宣誓した事実の完全な証拠になり(428)、宣誓を拒むと、宣誓すべき事実の反対を完全に証明したとみなされる(429)という仕組みになっていた。

普通法では、裁判所は、証明義務を負う者に（補充）宣誓を命ずるか、その相手方に（雪冤）宣誓を命ずるかは、係争事実の存否の蓋然性が大きいか少ないかによって決めることになっていたが、証明の程度が係争事実の存否のいわば中間にある場合にはどちらの当事者に宣誓を命じるべきかについて争いがあった（川島四郎「1877年のドイツ民事訴訟法における当事者宣誓制度（3・完）」法政研究67巻1号344頁。なお、田中和夫「民事証拠法の沿革」法政研究13巻3号69頁参照）。しかし、ZPOが自由心証主義を採用した結果、どちらの当事者に宣誓を命ずるかは、裁判官の自由な裁量に委ねられるべきであるとされた（ゾプフェルト原著＝石渡敏一ほか訳述・独逸帝国民事訴訟法同施行条例註釈第四冊374頁 前田孝階訳）。なお、川島（四）・前掲論文344頁、田中・前掲論文70頁参照）。とはいえ、ZPO下においても、「裁判所は、その者の宣誓を通じて裁判官に係争事実の真偽につき心証を得ることができるような当事者に対して、裁判宣誓を課さなければならぬ」（川島（四）・前掲論文343頁参照）であったようであるし、また、「裁判宣誓も判決でなされるから、その要件としての真偽不明と一方当事者に宣誓が課された理由とを確信することが必要ということになる。するとその要件に疑問の生じた場合にどうなるのか、裁判宣誓を課さないのでもよいのではないか、が問題となる」（竜寄喜助・証明責任論21頁）。このような問題を解決するための法理としてローゼンベルクらによって客観的証明責任の考えが提唱されたわけである。

ZPOは、1933年（昭和8年）に大改正され、裁判宣誓を含む当事者宣誓の制度が廃止され、それとともに当事者本人が証拠方法になった。ところが、自由心証主義の規定そのものには手がつけられなかった。だから、ZPOでは、現在でも自由心証主義の妥当領域は、依然として真実が不真実（真実でない）の場合だけである（286条）。そこで、裁判宣誓から脱落した真偽不明を解決する法理であった客観的証明責任が、真偽不明全般を解決する法理に拡大されることになったのである（竜寄・前掲書40頁）。

「Leo Rosenberg の立証責任論に対し長い間学説判例上反論がなかった。…しかしながら、ここ数年来規範説に対する批判が増加しつつある。」（石川明訳「K・H・シュヴァーブ・最近の立証責任論が規範説から乖離した点について」ドイツ手続法の諸問題43頁）。ここ数年というのは、1978年前後のことである。こうして、ドイツにおいて一世を風靡したローゼンベルクの証明責任論も、現在ではかならずしも盤石のものではなくなっているのである。

(6) わが国における自由心証主義は、どうなっているか。

わが国では、自由心証主義の妥当領域を、旧民事訴訟法217条が「真実ナリト認ムヘキヤ否ヤ」と規定して以来、それがそのまま現行民訴法247条に引き継がれており、その結果、民事訴訟において、要証の主要事実が証明されたときにだけそれが該当する裁判規範の要件事実の結果である裁判規範の分配効果から推論される具体的な分配効果が生じ、その主要事実が証明されないときは、その理由のいかに問わず、当該裁判規範上の要件事実の充足がないのであるから、その結果である裁判規範上の分配効果から推論される具体的な分配効果を問題とする余地がないといわなければならない。

わが民訴法は、プロイセンの参事官であったテッヒョーが起草し、1886年（明治19年）6月に司

法大臣に提出した訴訟法案を法律取調委員会などが修正して成立したものである。「テッヒョーは最初は独法の当事者宣誓を採用せんとしたが、再考の結果かかる形式的証拠を避け、寧ろ当時既に慣例として行はれて居た英法系による当事者を証人として尋問することとし」（兼子「民事訴訟法の制定 - テッヒョー草案を中心として - 」東京帝国大学学術大観法学部経済学部231頁〔同・民事法研究2巻13頁〕）たとのことである。しかし、テッヒョー訴訟法案260条の原文の自由心証主義の妥当領域についての部分は、改正前のZPO 259条と同文の「für wahr oder für nicht wahr」となっており、この部分の邦訳は、「真否ヲ定ム可キ」となっている。ところが、テッヒョー訴訟法案を法律取調委員会で審議し直すため報告委員が下相談の結果修正を加えたとされる民事訴訟法議案では、その部分が「真実ナリト認ムヘキヤ否ヤ」に修正された。すなわち、「真実と認めるべきか真実でない」と認めるべきかから「真実と認めるべきか真実と認めるべきでないか」に修正されたのである。前述したように、裁判官は、口頭弁論終結時点で、要証の主要事実の存否について、弁論の全趣旨および証拠資料から、その事実があるか、その事実がないか、または、その事実があるかないか分からないかのいずれかの心証を得るが、自由心証主義の妥当領域が、テッヒョー訴訟法案260条では および に限定され、 についてはこれを解決する別の法理が要求されていたのが、民事訴訟法議案では 、 および の全部になり と は同じに扱われることになったのである。

このことは、ローゼンベルクも明言する。ZPO「二八六条は、事実上の主張を真実と見るか、真実でないとするかを自由心証によって決することを裁判所の任務と規定している…。もっともベールは、『真実でない』とは否定的意味すなわち裁判所が証明されるべき事実の真であることにつき心証を得なかったことであると考え、『偽である』という積極的内容として理解しようとしなかったのであるが、この議論は当を得ていない。そういう意味なら、二八六条の文言は『真実と見るか真実でないとするか』でなく『真実と見るか真実と見ないか』とならなければならない筈で、かように言葉遣いを考えただけでも右の解釈はなりたたないのである」（証明責任論24～5頁）と。

この民事訴訟議案の修正がそのまま明治23年に成立した旧民事訴訟法217条となり、現行民訴法247条に引き継がれたのであるが、このことは、旧民訴法および現行民訴法の立法者が、民法などの実体法では、特定の行為規範の法律効果をその原因である法律要件にのみかからせている 端的な言い方をすると、その行為規範の法律効果から推論される具体的な権利関係の変動は、その原因である法律要件が具体的な社会事象によって充足されたときにのみ生じ、充足されなかったときは生じない と定められていると理解していたことを意味することになる。その結果、民事訴訟において、要証の主要事実が証明されたときにだけそれが該当する裁判規範の要件事実の結果である裁判規範の分配効果から推論される具体的な分配効果が生じ、その主要事実が証明されないときは、その理由のいかに問わず、当該裁判規範上の要件事実の充足がないのであるから、その結果である裁判規範上の分配効果から推論される具体的な分配効果を問題とする余地がないということになる。

第4回

9 民事実体法典の条項は、行為規範を規定しているといっけよい。

(1) 民事実体法典の条項が行為規範を規定しているとする論拠はなにか。

成文法令の各規定が、ア プリオリにまたは論理的に裁判規範であるとはいえず、それを行為規範とするか裁判規範とするかは起草者の考えによるのであって、わが民法典の起草委員は、民法典を原則として行為規範として規定する考えであった。

それでは、民事実体法典、例によって民法をもって民事実体法を代表させるとすると、民法典すなわち形式的意義の民法の条項は、行為規範を定めたものであろうかそれとも裁判規範を定めたものであろうか。

一般的には裁判規範を定めたものであると解しているようである。田中成明教授も、制定法の条文においては、行為規範は、裁決規範の背後にあって表面にあらわれず、明示的に規定されていないことが多い（前掲書54頁）といわれる。司法研修所も、「ある法律効果の発生要件が何か、法文にある一定の要件を権利（又は法律関係）の発生要件又は障害要件のいずれと理解すべきかというような要件の確定の問題は、いずれも実体法規の解釈によって決められるべき事柄である。」（要件事実1巻10頁。なお、3頁）などといっているところを見ると、民法典の条項を裁判規範と解しているようである。障害要件は、裁判規範に特有の要件だからである。大体において、法規範を行為規範と裁判規範とに分ける実益が、法令の名宛人を一般私人とみる見解の誤りを正して、裁判規範の正当な名宛人を明らかにすることにあつたといわれているから、この考えによれば、民法典の条項を裁判規範と解することは、当然といえば当然の理解である。しかし、この実益論のアプローチには疑義がある。法規範を行為・裁判の両規範に分けるのは、法規範の機能を分析したところ、違いがあることが解析されたこと、この機能の違いが要件および効果の違いをもたらすことが明らかになったことからだと考えるべきであろう。そうすると、成文法令の各規定がア プリオリにまたは論理的に裁判規範であるということにならないではないだろうか。

民法典の条項が行為規範として起草されるべきことは、旧民法の起草者であるボソナードが指摘している（高橋良彰「ボアソナード草案と旧民法 日本民法形成の一道程（上）」法時62巻12号113頁参照）ところであるが、現行民法典（民法典は、第161回国会で成立した民法の一部を改正する法律（平成16年法律第147号）によって全面的に改正されたが、465条の2ないし465条の5が新設され、若干の条文が加除訂正された以外は、口語体になっただけで、実質的な変更はないといっけよい）の条項が行為規範として起草されたことは、その起草委員であつた梅謙次郎博士の法典調査会における答弁からうかがうことができる（法務大臣官房司法法制調査部監修・法典調査会民法議事速記録三〔日本近代立法資料叢書3〕641～3頁）ばかりでなく、同じく起草委員であつた穂積陳重博士の次の著述からも明らかであろう。「法典の文章用語は、平易簡明にして、成るべく多数人の了解し得べきを専一とせざる可らず、古代に於ては、法律を以て治民も要具となせしを以て、其文章用語は独り執法者のみ之を了解すれば、固より足れりと雖ども、近世に於ては、法律を以て

権義の利器となすを以て、苟くも人民たる者は、尽く之を知らざる可らず、立法者たる者も亦た之を人民に知らしむるを以て其務となさざる可らず」(法典論184～5頁)。一般に裁判規範であると考えられているドイツ民法=BGBの規定が実は行為規範であることは、証明責任の分配について文構造説を採るローゼンベルクですら認めるところである(証明責任論7頁、96頁)。そうすると、ローゼンベルクは、行為規範であるBGBの条項が裁判規範になるのをどのように考えていたのだろうか。ローゼンベルクは、「裁判所構成法一条(司法権八法律ニノミ従ウ独立ノ裁判所ニヨリテ行使セラル)を通じて初めて、私法が裁判官への指示に化するのである。」(同書97頁)という。しかし、ローゼンベルクは、「(客観的)証明責任は既に各法律関係の法文自体の中に明定されている」(同書139頁)、「ある規定が拠権的原則規定に対する障害的例外規定としての性質を有することは、自明のことながら、法典の存する場合には、法律の条文によって知られるのでなければならない。従って民法典の編纂者たちがこの要請を心得て終始一貫これに従ったことには、ただただ敬意を表すべきである」(同書147頁)といっているのである。証明責任(の分配)が各法律関係の法文自体の中に明定されているということは、客観的証明責任を唱える以上は各法律関係の法文の名宛人が裁判官であることを意味するのではないだろうか。そうだとすると、ローゼンベルクは、行為規範が裁判規範になる根拠として裁判所構成法1条を持ち出す必要はなかったのではないだろうか。いずれにしても、ローゼンベルクは、民事実体法典の条項は行為規範であると同時に裁判規範でもあると解していることになるだろう。

わが民法典の規定の中には、多いとまではいえないものの裁判規範がある。法律上の推定を定める規定は裁判規範であるし、法律行為の無効を定める規定もそうである。また、個々の規定を見ていくと、たとえば一般の不法行為について責任阻却事由を定める民法712条、713条や違法性阻却事由を定める720条なども裁判規範であるというべきであろう。そして、民法典の規定が裁判規範であるときは、その背後にあるはずの行為規範を裁判規範を通して把握する必要がある。たとえば、裁判規範である法律行為の無効を定める規定から、法律行為の行為規範としてその成立だけではなく、有効であることも法律事実になるというように。

(2) 民法典の条項と実質的意義の民法の個別的法規範を構成する行為規範との関係は、どうなっているか。

民法典の条項は、実質的意義の民法を組成し一つの判断の内容を表す個別的法規範を構成する行為規範の内容を分かりやすく見付けやすくするために細分化したものであるから、民法典の条項と行為規範の内容とは、かならずしも一致しない。

このように、民法典=形式的意義の民法の条項は、原則として行為規範を定めているが、民法典は、実質的意義の民法を体系的に編別、組織して成文としてものにすぎず、その条項は、実質的意義の民法の個別的法規範を構成する行為規範の内容を分かりやすくかつ見付けやすくするために、最小の一まとまりの内容をなす一つまたはいくつかの文ごとに細分したものであるから、一つの判断の内容つまり命題を表す個別的法規範を構成する行為規範とはかならずしも一致しない。たとえば民法96条1項、120条2項、121条本文のように数個の条項が合わさって1個の個別的法規範とな

ることがあったり、たとえば民法121条のように一個の条項が数個の個別的法規範に包摂されることがあったり、中にはたとえば非法規説によるときは民法555条のように個別的法規範の補助的意義しかもたないものもある。だから、条項だけをみて、それで個別的法規範が示されていると考えるのは禁物だということになる。

10 わが民事実体法においては、主張責任の分配および証明責任の分配をどのように体系的に理論化すべきか。

(1) わが民事実体法における主張責任の分配および証明責任の分配の法的根拠は、なにか。

わが民事実体法における主張責任の分配および証明責任の分配は、旧民法証拠編 1、2 条の定める法理が慣習法となったことに法的根拠を求めることができる。

こうして、行為規範から裁判規範を見いだす法理が主張責任の分配および証明責任の分配であるが、行為規範からその解釈の範囲内とはいえ別の規範である裁判規範を見いだす法理であるからには、主張責任の分配および証明責任の分配についてなんらかの法的根拠がなければならないだろう。

わが国で証明責任の分配を法文として規定しようとしたのは、テッヒョーである。テッヒョー訴訟法案258条は、次のように定められていた。

「原告若クハ被告攻撃若クハ弁護ノ方法トシテ提出シタル事実ニ付テハ挙証義務アリトス
原告ハ請求権ノ起因タル事実ヲ証明ス可シ被告ハ請求権ノ起因ヲ妨ケ若シ請求権成立シタル
時ハ之ヲ制限シ若クハ之ヲ廃棄シ若クハ其消尽ス可キ事実ヲ証明ス可シ又原被告ハ其他ノ攻撃
若クハ弁護ノ方法ニ必要ナル事実ヲ証明ス可シ」

しかし、ボアソナードが旧民法草案第5編（証拠及ヒ時効）第1部（証拠）前置条例中の1814条、1815条で主張責任の分配および証明責任の分配の原則と証明責任の意義および効果を設けるに及び、テッヒョー訴訟法案を審議し直していた法律取調委員会での激論の後、同法案258条は、削除された（法務大臣官房司法法制調査部監修・民事訴訟法草案〔日本近代立法資料叢書23〕184頁、同・法律取調委員会民事訴訟法草案按議事筆記〔同叢書22〕311頁）。旧民法草案第5編第1部前置条例中の1814条および1815条は、明治23年法律第28号として公布された旧民法証拠編1条および2条に結実した。両条は、次のように定められていた。

「第一条 有的又ハ無的ノ事実ヨリ利益ヲ得ンカ為メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ其事実ヲ証スル責アリ

相手方ハ亦自己ニ対シテ証セラレタル事実ノ反対ヲ証シ或ハ其事実ノ効力ヲ滅却セシムル事実トシテ主張スルモノヲ証スル責アリ

第二条 自己ノ主張ノ全部又ハ一部分ヲ法律ニ従ヒテ証セス又ハ判事力証拠ヲ査定スル権ノ自由ナル場合ニ於テ判事ニ此主張ノ心証ヲ起サシメサリシ原告若クハ被告ハ其証セサリシ点ニ付キ請求又ハ抗弁ニ於テ敗訴ス」

旧民法証拠編は、財産編、財産取得編第1～第12章および債権担保編とともに、明治23年4月21日、法律第28号として公布された。旧民事訴訟法も、同日、法律第29号として公布された。このこ

とからも分かるように、主張責任の分配、証明責任の分配、証明責任の意義および効果については、フランス法の考えに倣って、というよりもそれをさらに徹底させて、旧民法証拠編 1、2 条が所轄するものとなったのである。旧民法は、明治 26 年 1 月 1 日から施行されることになっていたが、いわゆる法典論争により、明治 25 年 11 月 24 日公布の民法及商法施行延期法律の定めでその修正を行うため明治 29 年 12 月 31 日まで延期され、旧民法の修正として制定された現行民法によって明治 23 年の公布の措置に対応するその廃止の措置がとられた（広中俊雄「日本民法典編纂史とその資料 旧民法公布以後についての概観」民法研究 1 巻 138 頁）。そして、現行民法の起草に当たっては、「起草者（引用者注・穂積、富井政章および梅）中証拠に関する法規を総則及各編に分配すべしとなす者」があったにもかかわらず、旧民法証拠編の各条項は、時効のそれを除いて、当初から「査覈（さかく。不利なことを調べること）し修補刪正（さんせい。文章の字句をけずり正すこと）を施す」対象外とされ、「之を民事訴訟法に編入」することとされ（福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究第 1 部 18 頁、111 頁、115 頁、129 頁）、その相当数の条項が大正 15 年の旧民訴法の大改正でその条項となった。しかし、主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関しては、旧民法証拠編 1、2 条の法理を踏まえた慣習法が成立し、その後も立法化されることはなかったのである（この経過については、拙稿「民事訴訟における主張と証明の法理はどうあるべきか（中）」判タ 971 号 44～5 頁を見られたい）。

(2) わが民事実体法における主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論は、どのように構築されるべきか。

わが民事実体法における主張責任の分配および証明責任の分配の法的根拠を旧民法証拠編 1、2 条の規定の法理が慣習法となったことに求める以上、主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論は、この慣習法理を体系的に理論づけることによって構築すべきである。

したがって、わが民事実体法における主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論は、この慣習法理を体系的に理論づけることにより構築すべきである。このようにいうと、以前に行為規範を権利関係の訴訟手続による保障を実現し、訴権を実のあるものとし、民事訴訟の制度的目的にかなうように、理論を構築する必要があると述べたことと矛盾するのではないかとの疑問が出るかもしれない。しかし、その法的根拠や実質的内容・範囲などが異なるとはいえず、裁判を受ける権利は、明治 22 年 2 月 11 日に公布され、明治 23 年 11 月 29 日に施行された大日本帝国憲法にも臣民の権利として規定されていたのであり（24 条）、また、訴権も、ヴィントシャイトがアクティオを実体的側面と手続的側面に分離した途端に議論されてきたのである。すなわち、「訴権論はヴィントシャイトが一八五六年に、私法の立場からではあるが、『現代法の立場より見たローマ私法のアクチオ』（Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856.）に於て問題を提起して以来、ビューロー・デーゲンコルプ・プレスツ等の所謂抽象的訴権論とワハ・ヘルヴィツヒ・シュタイン等の所謂具体的訴権論に分歧し、更に、之等の公法的訴権論に対立する私法的訴権論をも加へ、債務と責任を分離するゲルマンステンも亦、その立

場から問題を採上げたのであった」(小野木常訳=エリッヒ・ブライ・訴権と法的利益[訳者まへがき2頁]。なお、奥田昌道・請求権概念の生成と展開²⁶頁以下参照)。民事訴訟の制度的目的も、訴権とどちらが卵でどちらがにわとりかは別として、訴権と不即不離に論じられてきた。こうして、現憲法下においても、わが国の現在での民事法における主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論を、この慣習法理を理論づけ体系化することにより構築しても、決して論理矛盾ではないのである。

また、旧民法証拠編1、2条の法理を踏まえた慣習法理を現在の法理論とするという、ずいぶん古い法理を持ち出すように思う向きがあるかもしれない。しかし、シュヴァーブによれば、ローゼンベルクの証明責任論の欠点を指摘したライポルトは、ドイツ民法第1草案の193条以下に規定され、その後法典作成上の技術的理由から削除された証明責任規定が今日なお黙示の実定法として妥当するようであるし、ライネッケはこれらの規定は不文的な慣習法になったとするようである(石川訳・前掲論文47～8頁、50頁)。そもそも証明責任の分配は、ローマ法以来の「歴史的通用性」(シュヴァーブの言)のある法理なのである。そして、ボアソナードは、旧民法証拠編1、2条の前身である民法草案1814、1815条はローマ法諺の「証拠は原告人の責に帰す」と「被告は抗弁法を以て対抗しつつ原告となる」を写すものであるといている(司法省・前掲書6～7頁)。そして、シュヴァーブも、ローマ法諺をもって証明責任の分配を構築しようとしている(石川訳・前掲論文58頁以下)。

こうして、旧民法証拠編1、2条の法理を踏まえた慣習法理を体系的に理論づけることによって主張責任の分配、証明責任の分配、主張責任および証明責任に関する法理論を構築しても、決して古色蒼然たるものにはならないのである。

11 旧民法証拠編1、2条の法理を踏まえた慣習法を理論づけ体系化する前提としての旧民法証拠編1条の解釈上の問題点は、なにか。

(1) 旧民法証拠編1条2項前段は、どのように解釈すべきか。

旧民法証拠編1条2項前段は、反証の提出責任(負担)と権利発生(消滅)障害事由の証明責任をひっくるめてそれらが相手方にあることを規定しようとしたと解することができる。

まず、旧民法証拠編1条2項前段の「相手方ハ亦自己ニ対シテ証セラレタル事実ノ反対ヲ証...スル責アリ」である。

同条項の前身である修正民法草案1814条2項前段(ただし、同条項前段は、「対手人ハ己レノ方ニ在テハ自己ニ対シテ証セラレタル事実ニ対抗スル反対ノ事項ヲ証明...スルコトヲ要ス」となっていた)について、ボアソナードは、原告が被告に対して契約上の債務の履行を求めた場合において、この契約の締結が証明されまたは争いがないとすると、契約締結時において意思能力または行為能力がなかったこと、原告の提出した証書(あるいは権原)が暴行もしくは詐欺によって得られたかもしくは反証によって無効にされたこと、契約の意思表示が暴行、詐欺または錯誤によってなされたことなどは、被告が証するをえなくなるのであるという(司法省・前掲書6～15頁)。

また、次のような事例を示して説明している（ボアソナード口述・民刑証拠法講義17頁）。原告において被告の署名捺印した証書を提出して債権があることを証明したときは、被告は、その事実の反対の事柄すなわちその署名捺印が自分がしたものではない、偽造であると申し立てる場合である。また、動産取り戻しの訴えにおいて、原告がその権原の証書を提出したときに、被告がその証書を偽造であると称する場合である。

こうして、ボアソナードは、旧民法証拠編1条2項前段で、反証の提出責任（負担）と権利発生（消滅）障害事由の証明責任をひっくるめてそれらが相手方にあることを規定しようとしたのである。

(2) 権利関係の変更およびその原因である法律要件についての証明責任の分配は、どのように考えられていたか。

権利関係の変更およびその原因である法律要件についての証明責任の分配は、権利関係の発生および消滅として考えられていたのではないだろうか。

次に、ボアソナードは、権利関係の変動のうち変更の事由についてはまったく触れていない。権利関係の変更には、主体の変更と内容（客体）の変更と作用の変更とがあり、さらに内容の変更には、数量的変更と性質的変更があるといわれている（我妻榮・新訂民法総則232頁など）。主体の変更は、財産権等の保有者がその財産権等を第三者に移転することであるから、その保有者にとっては財産権等の消滅であり、その第三者にとっては財産権等の発生である。数量的変更は、財産（権）の内容が増減することである。その保有者にとって、その増加は増加分の発生を、その減少は減少分の消滅を意味するといってもよい。性質的変更は、ある権利関係が他の権利関係に変ずることである。したがって、その権利関係を有する者にとってみれば、その権利関係の消滅であり、その他の権利関係の発生である。また、作用の変更は、不完全または未完成の権利関係が完全な権利関係に、または、完全な権利関係が不完全な権利関係になることであろう。とすれば、その同一の権利関係内における完全性の有無の問題であって、不完全なまたは未完成の権利関係は、その権利関係の発生が未了であるところ、作用の変更によりその権利関係が完全に発生することであり、完全な権利関係は、その消滅が未了であるところ、作用の変更によりその権利関係が完全に消滅することにすぎないということであろう。

そうだとすれば、権利関係の変更は、権利関係の主観的または客観的な発生または消滅に還元することができるというよいであろう。主張責任の分配および証明責任の分配は、法律要件とその結果である法律効果について作用するものではあるが、法律効果のうち権利関係の変更についてはその発生および消滅として処置するのが一般的である。ボアソナードが権利関係の変更のことを取り上げなかったのは、おそらくそのひそみにならったのであろう。

(3) 主張責任の分配は、どのように考えられていたか。

事実上の主張についての主張責任の分配は、旧民法証拠編1条が証明責任の分配と一致するものとして規定していると解すべく、法律上の主張についての主張責任の分配は、この事実上の主張についての主張責任の分配が類推適用されることになると解すべきであろう。

高木豊三・民事訴訟論綱下658～9頁は、旧民法証拠編1条を掲げ、これを挙証責任の分担（証明責任の分配）の原則を規定したものであるとするが、「挙証ノ責任ニ分担ノ原則アルコトハ猶ホ夫ノ当事者ノ主張ニ付テ分担ノ原則アルカ如シ蓋シ民事訴訟ノ性質即チ原被対審ノ結果トシテ然ラサルヲ得サルナリ」として、同条には主張責任の分配については規定されていないとするもののごとくである。しかし、同条1項は「裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ」と、同条2項は「其事実ノ効力ヲ減却セシムル事実トシテ主張スルモノヲ」とそれぞれ定めているから、事実上の主張についての主張責任の分配は、証明責任の分配と一致するものであることを示していると解すべきであろう。

そうすると、法律上の主張についての主張責任の分配を認めないということになるのだろうか。しかし、前述したように、旧民法に次いで公布された旧民事訴訟法には、中間確認の訴え（211条。ただし、条文は、「訴訟ノ進行中ニ争ト為リタル権利関係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一部分ニ影響ヲ及ホストキハ判決ニ接着スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ拡張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其権利関係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得」である）や請求の認諾（229条。ただし、条文は、「口頭弁論ノ際原告其訴ヘタル請求ヲ抛棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其抛棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ為ス可シ」である）が規定されているから、権利関係の存否の主張ひいては一般条項および不特定概念の存否を含む権利主張やそれに対する権利自白が認められていたことになるというべきである。そうになると、法律上の主張についても主張責任の分配が必要になる。ただ、それについては明文の法的根拠が見当たらないので、事実上の主張についての主張責任の分配が類推適用されることになると解すべきである。

12 慣習法理としての主張責任の分配および証明責任の分配を体系的に理論づけると、どのようなか。

行為規範の定める法律要件および法律効果について、その解釈の許容する範囲内で、民事訴訟の仕組みに適合するように、当事者および裁判所の権利関係の存否をめぐる訴訟行為の準則となる裁判規範の要件事実および分配効果を見いだすための法理が、主張責任の分配および証明責任の分配であるが、この主張責任の分配および証明責任の分配は、基本的には、旧民法証拠編1条の法理を踏まえた慣習法に法的根拠があるものであるから、慣習法としての主張責任の分配および証明責任の分配を体系的に理論づければ、主張責任の分配および証明責任の分配の法則を導き出すことができるはずである。

(1) 権利発生事由および権利消滅事由を認めることができるか。

法律効果には、権利関係の発生と消滅とがあるから、それに対応して、基本的には、権利関係の発生という法律効果およびその原因である法律要件と権利関係の消滅という法律効果およびその原因である法律要件をそのまま前者を権利関係の存在を主張する者に、後者を権利関係の存在を争う者にそれぞれ主張ないし証明する負担を分配して、それぞれの分配効果および要件事実とすればよい。

そうすると、法律効果には、権利関係の発生と消滅とがある（変更については、前述したとおり両者に分属させることができる）から、基本的には、権利関係の発生という法律効果およびその原因である法律要件と権利関係の消滅という法律効果およびその原因である法律要件をそのまま前者を権利関係の存在を主張する者に、後者を権利関係の存在を争う者にそれぞれ主張ないし証明する負担を分配して、それぞれの分配効果および要件事実とすればよい。そして、権利関係の存在を主張する者に主張ないし証明の負担を分配された分配効果および要件事実を権利発生効果および権利発生事由と、権利関係の存在を争う者に主張ないし証明の負担を分配された分配効果および要件事実を権利消滅効果および権利消滅事由ということとしたい。

たとえば、動産の所有権の取得（発生）という法律効果Rおよびその原因である法律要件Tは、無主の動産であること t_1 と所有の意思をもってこれを占有すること t_2 という二つの法律事実によって構成されている（民239）が、法律事実 t_1 と t_2 を分離しないで、法律要件Tについて主張責任の分配および証明責任の分配が行われ、動産の所有権の存在を主張する者が主張および証明を負担するのである。

ところで、権利関係の存在を主張する者とそれを争う者に分配される主張ないし証明の負担は、それぞれの行為責任である。このことは、旧民法証拠編1条1項に「其事実ヲ証スル責アリ」とあり、同条2項に「証シ...証スル責アリ」とあり、同編2条に「証セス...証セサリシ」とある文言から明らかであろう。

- (2) 権利行使効果および権利行使事由と権利行使阻止効果および権利行使阻止事由を認めることができるか。

権利関係の存在がアクティブとしての請求権の存在すなわちポテンシャルとしての請求権の存在、その行使可能性の存在およびその行使であるときは、請求権の行使可能性取り分け行使時における請求権の行使可能性の存在およびその行使は、民事訴訟においては請求権の存在とは別に争うことができるから、請求権の存在とは別に、請求権の行使可能性およびその行使を権利行使効果および権利行使事由としてその行使を主張する者に、延期的抗弁権およびその行使を権利行使阻止効果および権利行使阻止事由として、その存在を争う者にそれぞれその主張ないし証明の負担が分配されると考えるべきである。

しかし、いま述べた権利関係の存在がアクティブとしての請求権の存在すなわちポテンシャルとしての請求権の存在、その行使可能性の存在およびその行使であるときは、請求権の行使可能性取り分け行使時における請求権の行使可能性の存在およびその行使は、民事訴訟においては請求権の存在とは別に争うことができるから、請求権の存在とは別の分配効果および要件事実を考えるべきである。そして、請求権の行使可能性もその行使も、請求権の存在を主張する者にその主張ないし証明の負担が分配される（ただし、訴権の放棄などについては、履行期のように請求権の法的性質上本来的には同伴するはずのものではなく、請求権としてはいささか異常な社会事象であるから、行為可能性の発生を障害する効果および事由〔場合によっては、行使可能性を消滅する効果および事由〕として、行使可能性の存在を争う者にその主張ないし証明の負担が分配されるというべきで

ある)が、履行期が延期されたりしたような請求権の行使可能性が消滅したときは、その分配効果および要件事実については、権利行使阻止効果および権利行使阻止事由として、その存在を争う者にその主張ないし証明の負担が分配される。

(3) 権利発生障害事由および権利消滅障害事由を認めることができるか。

権利発生という法律効果の原因となる法律要件を組成する素因である法律事実のうちで、主張ないし証明が定型的にいちじるしく困難で、積極的に不存在でなければよいと解されるものがある場合には、その法律事実の反対形象について権利関係の存在を争う者が主張ないし証明を負担することになる権利発生障害事由とし、権利消滅という法律効果の原因となる法律要件を組成する素因である法律事実のうちで、主張ないし証明が定型的にいちじるしく困難で、積極的に不存在でなければよいと解されるものがある場合には、その法律事実の反対形象について、権利関係の存在を主張する者が主張ないし証明を負担することになる権利消滅障害事由とすればよい。

(1) は、あくまでも基本的という限定つきでいえることであって、権利関係の発生または消滅の法律効果の原因となる法律要件の全部を主張し証明することが、ほとんど不可能である場合がある。

たとえば、契約上の権利関係の発生または消滅という法律効果の原因となる法律要件は、契約の有効な成立であるが、契約が有効であることをすべて 契約当事者に意思能力があること、契約の内容が確定できること、契約の内容が可能なものであること、契約の内容が強行規定に違反していないこと、契約の内容が公序良俗に反していないこと、契約を構成する意思表示に意思と表示との不一致がないこと等々 を主張ないし証明すること、少なくとも訴訟準備をし訴訟手続の追行をする有限な時間の中で主張ないし証明することは、定型的に不可能であるといつてよい。

ボアソナードが旧民法証拠編 1 条 2 項で権利障害事由の主張・証明の負担が相手方に分配されることを定めたことは前述したが、ボアソナードは、その理由を、権利関係の発生および消滅の事由の証明の負担を分配された者が、その一部の事実につき証明することが消極的事実の存在の証明どころではない「甚々難キ場合」であるという(司法省・前掲書14～5頁)。しかし、請求の内容となる権利関係の存否は、一個の行為規範の定める法律効果または数個を組み合わせた行為規範の定める法律効果の有無から推論されたものにほかならない。したがって、主張責任の分配および証明責任の分配によって、この法律効果の原因となる法律要件を実質的に変えてしまうようなことは、絶対に許されない。そうすると、権利発生または消滅の各障害事由の主張および証明の負担の相手方に分配される理由が、権利発生・消滅の原因となる法律要件を構成する素因である法律事実のうちの主張および証明することがはなはだ困難であるものというだけでは、主張責任の分配および証明責任の分配の基準としては、あいまいにすぎるといわなければならない。

このような観点から行為規範の権利の発生または消滅の原因となる法律要件を組成する素因である数個の法律事実のうちで、その法律効果を享受する者の相手方にその反対形象の主張ないし証明の負担をさせるべき基準は、主張ないし証明をすることが定型的にいちじるしく困難で、かつ、その行為規範の解釈 これは、いうまでもなく民事実体法上の解釈である において、積極的に存在

しなくてもよい 消極的に存在すればよい と解されることであるということになる。したがって、権利発生障害事由は、権利発生という法律効果の原因となる法律要件を組成する素因である法律事実のうちで、主張ないし証明が定型的にいちじるしく困難で、積極的に不存在でなければよいと解されるものがある場合において、権利関係の存在を争う者が主張ないし証明を負担することになるその法律事実の反対形象であり、権利消滅障害事由は、権利消滅という法律効果の原因となる法律要件を組成する素因である法律事実のうちで、主張ないし証明が定型的にいちじるしく困難で、積極的に不存在でなければよいと解されるものがある場合において、権利関係の存在を主張する者が主張ないし証明を負担することになるその法律事実の反対形象である。

たとえば、売主の買主に対する売買代金請求権の発生という法律効果Rの原因となる法律要件Tは、売主と買主間の売買契約の有効な成立、すなわち、売買契約の成立 t_1 とその成立が有効にされたこと t_2 という二つの法律事実から構成されている（ただし、契約の成立も契約の有効も、一種の法律関係であって、主張責任の対象にはなるが、証明責任の対象にはなりえない）。この二つの法律事実のうち t_2 は、前述したように、主張が定型的にいちじるしく困難であるうえ、契約は成立すれば一般に有効であるとみるべきであるから、その解釈からも、積極的に存在しなければならないことを要求するまでのことはなく、消極的に存在すればよい、つまり、積極的に不存在でなければよいというべきであって、したがって、主張責任の分配により、有効の反対形象である無効 - (マイナス) t_2 を契約上の権利の存在を争う買主が主張すべきことになる。売主の買主に対する代金請求権の消滅という法律効果 (R) の原因となる売買契約の合意解約という法律要件 (T) についても、同様のことがいえる。

(4) 権利根拠事由および権利滅却事由を認めることができるか。

権利の発生という法律効果の原因である法律要件を組成するすべての法律事実について主張責任の分配ないし証明責任の分配をして、権利発生障害事由となったものを控除して残った事由を権利根拠事由とし、権利の消滅という法律効果の原因である法律要件を組成するすべての法律事実について主張責任の分配ないし証明責任の分配をして、権利消滅障害事由となったものを控除して残った事由を権利滅却事由とすればよい。

行為規範の権利発生の原因となる法律要件でも、主張責任の分配ないし証明責任の分配によりそっくり裁判規範の要件事実である権利発生事由になるものと、それを組成する法律事実のうち主張責任の分配ないし証明責任の分配によりその一部の反対形象が裁判規範の要件事実である権利発生障害事由になるものがあるとすると、権利発生事由と、権利発生の原因である法律要件を組成するすべての法律事実について主張責任ないし証明責任の分配をして、権利発生障害事由となったものを控除して残った事由とは、当然のことであるが、異なるものである。この残部の事由を権利根拠事由と、その効果を権利根拠効果ということにする。

同様に、行為規範の権利消滅の原因となる法律要件でも、主張責任の分配ないし証明責任の分配によりそっくり裁判規範の要件事実である権利消滅事由になるものと、それを組成する法律事実のうち主張責任の分配ないし証明責任の分配によりその一部の反対形象が裁判規範の要件事実である

権利消滅障害事由になるものとがあるとすると、権利消滅事由と、権利消滅の原因である法律要件を構成するすべての法律事実について主張責任ないし証明責任の分配をして、権利消滅障害事由となったものを控除して残った事由とは、当然のことであるが、異なるものである。この残部の事由を権利滅却事由と、その結果を権利滅却効果ということにする。

たとえば、売主の買主に対する売買代金請求権の発生Rという法律効果の原因となる法律要件Tを構成する売買契約の成立 t_1 とその成立が有効にされたこと t_2 という二つの法律事実について主張責任の分配をし、そのうちの t_2 の反対形象 - t_2 について売買代金請求権の存在を争う買主が主張を負担すべき要件事実である場合には、残った t_1 について主張責任の分配により売買代金請求権の存在を主張する売主が負担すべき要件事実となるが、その要件事実が権利根拠事由である。また、売主の買主に対する代金請求権の消滅という法律効果(R)の原因となる法律要件(T)を構成する売買契約の解約という合意の成立(t_1)とその成立が有効にされたこと(t_2)という二つの法律事実について主張責任の分配が行われ、そのうちの(t_2)の反対形象 - (t_2)について売買代金請求権の存在を主張する売主が主張を負担すべき要件事実である場合には、残った(t_1)について主張責任の分配により売買代金請求権の存在を争う買主が負担すべき要件事実となるが、その要件事実が権利滅却事由である。

(5) 権利発生効果と権利根拠効果および権利消滅効果と権利滅却効果は、行為規範の法律効果とどのような関係にあるか。

裁判規範の権利発生効果という分配効果は、その裁判規範の権利発生事由という要件事実の結果であり、具体的な訴訟において、その権利発生事由に該当する主要事実が主張されそれが認定されたときは、その権利発生効果から推認される具体的な権利発生効果が、そのまま行為規範の権利発生という法律効果から推認された具体的な権利が発生したと判断されるが、裁判規範の権利根拠効果という分配効果は、その裁判規範の権利根拠事由という要件事実の結果であり、具体的な訴訟において、その権利根拠事由に該当する主要事実が主張されそれが認定されても、その権利発生障害事由に該当する主要事実が主張されないか主張されてもその主要事実が認定されなかったため権利発生障害効果から推認される具体的な権利発生障害効果が生じなかったかしたり（その権利発生障害事由が権利関係等であった場合については、第五回の(6)を参照されたい）しないかぎり、行為規範の権利発生という法律効果から推認される具体的な権利が発生したと判断されない。そして、これらのことは、裁判規範の権利消滅効果という分配効果および権利滅却効果という分配効果と行為規範の定める法律効果との関係についても同じことがいえる。

裁判規範の分配効果である権利発生効果は、その裁判規範の要件事実である権利発生事由の結果である。権利発生事由が、行為規範の定める権利発生の原因となる法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配を行い、その法律要件がそのまま権利の存在を主張する者の主張ないし証明すべき負担となったものである以上、その結果である権利発生効果が行為規範の定める法律効果と等価値の効果であるというべきであるから、具体的な訴訟において、その権利発生事由に該当す

る主要事実が主張され、相手方がその主張を認めるか、争っても証拠資料ないし弁論の全趣旨により主要事実が証明されるかして、それが認定されれば、その権利発生効果から推認される具体的な分配効果がそのまま行為規範の権利発生という法律効果から推認された具体的な権利が発生したと確認されるになることは、あらためて説明するまでもないことであろう。

それに対し、裁判規範の分配効果である権利根拠効果は、その権利根拠事由の結果であるが、権利根拠効果は、行為規範の権利発生の原因となる法律要件を組成する素因である法律事実すべてについて主張責任の分配ないし証明責任の分配を行い、その一部が権利の存在を争う者の主張ないし証明すべき負担となる権利発生障害事由になり、その残部が権利の存在を主張する者の主張ないし証明すべき負担となる権利根拠事由になるのであるから、具体的な訴訟において、権利根拠事由に該当する主要事実が主張され、(相手方がその主張を認めるか、争っても証拠資料ないし弁論の全趣旨により主要事実が証明されるかして)それが認定されてその権利根拠効果から推認される具体的な権利根拠効果が生じても、その権利発生障害事由に該当する主要事実が主張されないか主張されてもそれが認定されなかったためその権利発生障害効果から推認される具体的な権利発生障害効果が生じなかったかしたり(その権利発生障害事由が権利関係等である場合については、第五回の(6)を参照されたい)しないかぎり、その具体的な権利根拠効果の発生によって行為規範の定める権利発生という法律効果から推認される具体的な権利が発生したと判断されることはないのである。

次にその例を挙げて説明しよう。前述したように、売主の買主に対する売買代金請求権の発生Rという法律効果の原因である法律要件Tは、売買契約の成立 t_1 とその成立が有効にされたこと t_2 という二つの法律事実から構成されている。そして、この二つの法律事実について主張責任の分配をすると、そのうちの t_2 の反対形象 - t_2 について売買代金請求権の存在を争う買主が主張を負担すべきことになるから、その要件事実 [- t_2] は権利発生障害事由、その分配効果 [r] は権利発生障害効果であり、残った t_1 について主張責任の分配をすると、それが売買代金請求権の存在を主張する売主が負担すべきことになるから、その要件事実 (t_1) は権利根拠事由、その分配効果 (r) は権利根拠効果である。ということは、具体的な訴訟において、Rから推認される具体的なR(と等価値の効果)が生じたと判断されるためには、売主が(t_1)に該当する具体的な売買契約の成立を主張し買主がそれを認めるかそれを争うときは売主がそれを基礎づける具体的な売買契約の成立要件となる主要事実を主張しそれが認定されるかして、要するに(r)から推認される具体的な(r)が発生したうえ、買主が[- t_2]に該当する主張事実を主張しないか主張してもそれが認定されないかして[r]から推認される具体的な[r]が発生しなければよいことになる。なぜならば、 t_2 は、解釈上消極的に存在すればよいということで権利発生障害事由になったのであり、その結果である[r]という効果から推認される具体的な[r]が排斥されたということは、 t_2 に該当する具体的な有効事由が消極的には存在することを意味し、それと t_1 を充足する社会事象を合わせると、 t_1 と t_2 で構成されるTを充足する社会事象があったことになり、その結果であるRから推認される具体的なRが生じたと判断されることになるからである。

権利消滅効果と権利滅却効果についても、まったく同じ論法を用いて説明することができる。そのことを、君たちで確かめておいてほしい。

第5回

- (6) 法律事実である権利関係の存否を基礎づけまたは排斥する社会事象についての主張責任の分配および証明責任の分配は、どうするのか。

法律要件を組成する素因である法律事実が権利関係、一般条項または不特定概念の存否である場合には、第一次的にはそれについて主張責任の分配が行われるが、第二次的にはそれを基礎づけまたは排斥する法律要件またはそれを組成する素因である法律事実について主張責任の分配が行われる。

法律要件を組成する素因である法律事実が権利関係、一般条項または不特定概念の存否である場合には、第一次的にはそれについて主張責任の分配が行われるが、第二次的にはそれを基礎づけまたは排斥する法律要件またはそれを組成する素因である法律事実について主張責任の分配が行われる。

法律事実が権利関係の存否である場合において、それを基礎づけまたは排斥するものは、その権利関係の発生、変更および消滅すなわち法律効果の原因となる法律要件にほかならず、それを組成する素因である法律事実について主張責任の分配が行われるが、その原理は、すでに述べたことがそのまま当てはまる。たとえば、所有権に基づく返還請求権の発生という法律効果の原因である法律要件を組成する素因である法律事実のうち、請求者がその物について所有権を有することは、権利関係の存在であるが、それについて主張責任の分配および証明責任の分配が行われ、所有権の存在を主張する者に所有権の発生すなわち取得する原因となる社会事象 たとえばそれが土地の承継取得であれば、その土地を所有する者から買い受けたこと を主張する負担が、所有権の存在を争う者に所有権の発生を障害する原因となる社会事象 たとえば土地売買契約の無効事由があること および所有権の消滅する原因となる社会事象 たとえば第三者に対して土地を売り渡したこと を主張する負担があることになる。これらのことは、土地の所有権に基づく返還請求訴訟において、請求の原因中の「原告は、請求の趣旨記載の土地を所有している。」ことが争われた場合において、その所有権の存在について中間確認の訴え（民訴145）を提起する場合における主要事実を法的三段論法の小前提とするその大前提となる要件事実および分配効果から考えれば、容易に分かることである。

法律事実が信義則（民1）、権利濫用（同条）、公序良俗（民90）といった一般条項または過失（民709など）、正当の事由（借地借家28など）などといった不特定概念の存否である場合も、同様である。一般条項は多くは個別的法規範に外在的に妥当領域をもつが、不特定概念は、特定の個別的法規範の法律事実にすぎない。しかし、両者の法的性質は類似しており、現在の通説では、一般条項が不特定概念に同化しているといわれている（倉田「一般条項と証明責任」法学教室 第二期 69頁参照）。したがって、以下では一般条項を含む趣旨で不特定概念というが、それは、法律的価値判断が要因となる点で法律的判断そのものといえる権利に近い性質を有する。ただ、権利ではその変動の原因となる法律要件が定まっているのに反し、不特定概念ではそれが通常は個別的法規範または条文上明らかでなく、ある程度明らかである場合（借地借家28）でも、考慮すべき事項が条文に掲げられた事項にかならずしも限定されなかったりそれが包括的であったりし、そのうえ、

その成否に最終的には裁判所の判断を必要とするのである。しかし、不特定概念といえども、具体的な訴訟において、訴訟当事者は、権利と同様にそれを主張しあるいはそれを認めることによって裁判所の判断を排除ないし回避することができるのであって、したがって、法律事実が不特定概念であるときは、第一次的にはそれについて主張責任の分配が行われる。しかし、第二次的には、権利とはやや異なる作業が必要になる。不特定概念は、それに包摂されると解される自然的・社会的事実をさらに一定の観点から類似する事実ごとに分別したうえ、共通する要素を抜き出し、それを抽象化した類型によって基礎づけられまたは排斥されると考えられる。法律要件がそもそも類似する社会事象の間に共通する要素を抜き出し、それを抽象的に表現したところの類型であるから、法律事実である不特定概念についてこのような作業をすることを異とするに足りないといわなければならない。そして、不特定概念に収束されるに当たってその要因である法律的価値判断を肯定する方向性を示す一団の事実が不特定概念を基礎づける類型であり、不特定概念に収束されるに当たってその要因である法律的価値判断を否定する方向性を示す一団の事実が不特定概念を排斥する類型である。こうして、不特定概念の類型について主張責任の分配および証明責任の分配を行い、不特定概念の存在を主張する者にそれを基礎づける類型を、不特定概念の存在を争う者にそれを排斥する類型をそれぞれ主張する負担を負わせることになる。たとえば、債権者取消権（民424）は、債権者を「害スル」ことつまり詐害性の存在という不特定概念が法律事実であるが、債権者取消権は、債務者が法律行為をした時に発生し、債務者の資力の回復によって消滅すると解するならば、詐害性の存在は、第二次的には、詐害性の存在を主張する者がそれを基礎づける「債務者が法律行為時にそれによって無資力になった旨の類型」（一種の権利発生事由）について主張責任および証明責任を負い、詐害性の存在を争う者がそれを排斥する「債務者が口頭弁論終結時に資力を回復した旨の類型」（一種の権利消滅事由）について主張責任および証明責任を負うことになる。

ところで、法律要件が自然的・社会的事実であるときや、法律要件を組成する素因である法律事実が権利関係または不特定概念である場合における第二次的法律事実が自然的・社会的事実であるときは、それについて行われる主張責任の分配は、同時に証明責任の分配を兼ねることになる。もう少し端的な言い方をすれば、事実上の主張における主張責任の分配は、同時に証明責任の分配にほかならないのであって、弁論主義の支配する民事訴訟においては、証明責任の分配が独自の存在意義をもつことはないのである。つまり、証明責任の分配は、証明責任の関係で観念されることであるといつてよい。旧民法証拠編1条1項が「之ヲ主張スル者ハ其事実ヲ証スル責アリ」と、同条2項が「主張スルモノヲ証スル責アリ」と定めるのは、この趣旨に理解すべきである。

(7) 主張責任の分配および証明責任の分配の法則と要件事実および分配効果は、どうなるか。

主張責任の分配および証明責任の分配の法則は、行為規範の定める法律効果および法律要件またはそれを組成する素因である法律事実を、民事訴訟における審判の対象である請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存否の主張に適合するように、その行為規範の解釈により、権利関係の存在を主張する者とそれを争う者とにそれぞれ主張および証明を負担させるべく、裁判規範の分配効果および要件事実を見いだすための民事実体法上の法則であり、

したがって、こうして見いだされた裁判規範の分配効果および要件事実を分類すると、訴訟上の請求の内容となる権利関係の存在またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存在を主張する者と訴訟上の請求の内容となる権利関係の存在またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存在を争う者とのそれぞれ三種の分配効果および要件事実があることになる。

いままでの述してきたことで、分かってもらえたと思うが、主張責任の分配および証明責任の分配の法則は、民事実体法の個別的法規範の重層構造を成り立たせる三つの規範のうちの行為規範から裁判規範を見いだす法理である。すなわち、行為規範の定める法律効果および法律要件またはそれを組成する素因である法律事実を、民事訴訟における審判の対象である請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存否の主張に適合するように、その行為規範の解釈により、権利関係の存在を主張する者とそれを争う者とのそれぞれ主張および証明を負担させるべく、裁判規範の分配効果および要件事実を見いだすための民事実体法上の法則である。

そして、こうして見いだされた裁判規範の分配効果および要件事実を分類すると、次のようになる。

- [1] 訴訟上の請求の内容となる権利関係の存在またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存在を主張する者に、
 - 権利発生効果または権利根拠効果および権利発生事由または権利根拠事由
 - 権利消滅障害効果および権利消滅障害事由
 - 権利行使効果および権利行使事由
- [2] 訴訟上の請求の内容となる権利関係の存在またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の存在を争う者に、
 - 権利消滅効果または権利滅却効果および権利消滅事由または権利滅却事由
 - 権利発生障害効果および権利発生障害事由
 - 権利行使阻止効果および権利行使阻止事由

13 通説の要件事実論には、どのような問題点があるか。

通説の要件事実論の問題点は、これを一口でいえば、わが証拠法と法制度の異なるZPOの解釈論 それも、現在ではドイツにおいてすらほとんど顧みられなくなった解釈論 を基礎に構築されていることと、それ故であろうか、わが民事実体法の法規ないしその解釈を無視または軽視することになりがちであること、ということができよう。

通説の要件事実論の主要な問題点を箇条書きすると、次のような点である。

権利関係の変動の法的根拠が不明である。

その結果、民事訴訟における審判の対象である請求の内容、通説のいうところの訴訟物またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件となる権利関係の存否の法的根拠も不明である。

それ故、その要件も勝手に解釈することになる。

その1例を挙げてみよう。司研・要件事実1巻259～261頁は、「不動産の賃貸人が賃借人に対し、相当期間を定めて延滞賃料の催告をするのと同時に、賃借人が右期間内に延滞賃料を支払わないときは賃貸借契約を解除する旨の意思表示をする、というケースは、実務上しばしば見受けられるところであり、このような契約解除の意思表示は、一般に停止条件付契約解除の意思表示と呼ばれている。すなわち、契約解除の意思表示に『賃借人が催告期間内に催告金額を支払わないこと』という停止条件が付されているというわけである。[改行]ところで、この意思表示が停止条件付契約解除の意思表示であるとするならば、賃貸人が契約解除の効果の発生を主張するには、その意思表示の効果の発生がかかっている停止条件の成就、すなわち『賃借人が催告期間内に催告金額を支払わなかったこと』をも主張立証しなければならないはずである。しかし、この場合に限って賃貸人に賃料債務の『不履行』について主張立証責任を負わせようとするのは、通常の催告解除の場合と対比して権衡を失することになるであろうし...、当事者間の立証の負担の公平という立場からも妥当ではない。したがって、この場合においても、賃貸人は『不履行』について主張立証責任を負うものではなく、やはり賃借人が『履行』の事実を主張立証すべきものと解するのが相当である。すなわち、催告期間内に催告金額の支払がなかったことが解除権の発生事由ではなく、催告期間内に催告金額の支払があったことが解除権の発生障害事由であると考えべきである。[改行]...結局、合理的に解釈された右意思表示の内容は、『催告期間が経過した時に賃貸借契約を解除する。』旨の一種の停止期限...付契約解除の意思表示であるとみるのが相当である。...』という。この解釈が誤っていることは、別の機会にくわしく述べることにする。

ZPOに固有の解釈論であって、わが国の民事法にはなんらの法的根拠のない客観的証明責任論によって要件事実論を構築する。

その結果、要証事実の真偽不明の場合に裁判官に対してその解決を指示する法理である客観的証明責任がすべての基礎になる。

そこで、要件事実、要証事実の真偽不明という事態の生じうる主要事実と同義にならざるをえなくなる。

また、訴訟当事者は、訴訟の結果において不利益を受けることを回避しようとするならば、裁判官を主体とするこの法理に従って訴訟を追行しなければならず、訴訟を主体的に追行することはできない。

ドイツでは、要証事実の真偽不明という事態を解決するために証明責任規範が必要であるとする見解が通説になっているが、わが国の通説は、これをほとんど無視する。そのため、真偽不明を解決する法理がどうして実体法規の適用ないし不適用に結び付くのか、その論理が明らかでない。ちなみに、要証事実の真偽不明を証明責任規範で解決しようとする、と、権利障害規定なるものは、否定されることになる。

客観的証明責任論によりながら訴訟において民事実体法の法規を適用しようとするときは、これを法規不適用原則という形で論理をすり替えなければならない。

証明責任の分配は、法規不適用原則から論理必然的に析出され、客観的証明責任がすべての基礎であることから、主観的証明責任や客観的主張責任、主観的主張責任および主張責任の分配は、

客観的証明責任、証明責任の分配の弁論主義による投影ということになり、主張責任の分配および主張責任の独自性を認めない。

その結果、権利主張および権利自白は、認められない。訴訟当事者は、規範的要件については意見を述べることができるにすぎない。

そのうえ、民事実体法典の条文の構造に拘束されることになり、無意味な何重再抗弁を必要とする事態になる。

また、法的な効果（法律効果ではない）は、民事実体法典の個々の規定によって生ずることになるから、それが任意規定であっても、それがまず適用され、当事者の意思はただそれを排除することができるだけであり、民法91条の規定は、無視されることになる。

そして、以上を通じて、これを一口でいえば、通説は、わが証拠法と法制度の異なるZPOの解釈論。それも、現在ではドイツにおいてすらほとんど顧みられなくなった解釈論を基礎に構築されていることと、それ故であろうか、わが民事実体法の法規ないしその解釈を無視または軽視することになりがちであること、ということができよう。

14 行為責任としての主張責任と結果責任としての主張責任とは、なにか。

(1) 行為責任としての主張責任とは、なにか。

i 行為責任としての主張責任の意義

行為責任としての主張責任は、具体的な民事訴訟において、当事者の一方がその訴訟における請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の主張をする立場からあらかじめ定まっている裁判規範の要件事実を充足する主要事実を主張すべき負担である。

主張責任の分配ないし証明責任の分配は、行為規範の定める法律効果および法律要件またはそれを組成する素因である法律事実を、裁判規範の分配効果および要件事実を見いだすために、その行為規範の解釈で許容される範囲内において、民事訴訟に適合するように修正する法理であるから、それは、民事訴訟において対立する二当事者の訴訟行為のうちの主張および立証を視野に入れたものになる。こうして、主張責任の分配ないし証明責任の分配の法理が適用される段階で、請求の内容である権利関係の存在を主張する者とそれを争う者に主張および証明の負担が割り当てられてしまうのである。したがって、具体的な訴訟においては、当事者の一方が、法的三段論法の大前提を裁判規範の分配効果および要件事実とし、その小前提となるその要件事実を充足する社会事象を主張すべき負担があることになる。この裁判規範の要件事実を充足する社会事象が主要事実にはかならない。

そして、この原理は、請求を基礎づけまたは排斥する要件事実が権利関係などの規範的要件である場合においても妥当する。すなわち、具体的な民事訴訟において、要件事実が権利関係、一般条項または不特定概念の存否であるときは、第一次的には、それに該当する具体的な権利関係、一般条項または不特定概念の存否について主張責任があるが、第二次的には、それを基礎づけまたは排斥する要件事実を充足する社会事象である主要事実の存否について主張責任があるのである。

そうすると、行為責任としての主張責任は、具体的な民事訴訟において、当事者の一方がその訴訟における請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件の主張をする立場からあらかじめ定まっている裁判規範の要件事実を充足する主要事実を主張すべき負担である、ということになる。具体的な分配効果は、この主要事実が認定されて裁判規範の要件事実が充足されたときに、裁判規範の分配効果から推論されるのである。

ii 行為責任としての主張責任の機能

具体的な訴訟においては、行為責任としての主張責任に伴う主張の順序は、訴えの種別に対応し、請求の内容が権利関係の存在等であるか不存在であるかを起点として前述した裁判規範の分配効果および要件事実の分類の性質に従って論理的に定まる。

具体的な訴訟においては、行為責任としての主張責任に伴う主張の順序は、訴えの種別に対応し、請求の内容が権利関係の存在等であるか不存在であるかを起点として前述した裁判規範の分配効果および要件事実の分類の性質に従って論理的に定まる。

権利関係の不発生を理由として権利関係の不存在の確認を求める訴えを提起した原告は、請求を特定するためにその旨を指摘する主張をするだけでよい（ただし、確認の利益は、主張することを要する）。この主張は、攻撃防御方法の提出の実質をもたない。権利発生事由または権利根拠事由を充足する社会事象を主要事実として主張する負担すなわち主張責任は、被告にある。権利関係の存在の確認を求める訴えを提起した原告は、請求である権利関係の存在の主張を基礎づけるために、請求の原因として、権利発生事由または権利根拠事由を充足する社会事象を主要事実として主張する負担すなわち主張責任をあり（さらに、確認の利益を主張する必要がある）、被告は、請求を排斥するために、請求の原因である権利根拠事由を充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利根拠効果を排斥する抗弁として、権利発生障害事由を充足する主要事実を、権利発生事由または権利根拠事由をそれぞれ充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利発生効果または権利根拠効果を排斥する抗弁として、権利消滅事由または権利滅却事由をそれぞれ充足する主要事実について主張責任を負い、原告は、請求を維持するべく請求の原因が認定されたことにより生じた・いま述べたところの分配効果を確保するために、抗弁である権利滅却事由を充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利滅却効果を排斥する再抗弁として、権利消滅障害事由を、権利消滅事由または権利滅却事由が同時に権利発生事由であるときは、それをそれぞれ充足する主要事実の主張に対して、権利消滅事由を充足する主要事実について主張責任を負う、というようにである。

また、給付の訴えを提起した原告は、請求である請求権の存在、行使可能性の存在およびその行使を基礎づけるために、請求の原因として、請求権の権利発生事由または権利根拠事由を充足する主要事実および権利行使事由を充足する主要事実について主張責任を負い（元本の支払を求めるだけの場合には、行使の事実、訴えの提起で明らかであるから、ことさらに主張するまでもないが、遅延損害金の支払を求めるような場合には、行使した〔将来において、行使する〕ことを主張しなければならない。なお、将来の給付の訴えである場合には、将来の給付の訴えの利益を主張するこ

とを要する)、被告は、請求を排斥するために、請求の原因のうち、請求権の権利根拠事由を充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利根拠効果を排斥する抗弁として、権利発生障害事由を充足する主要事実を、請求権の権利発生事由または権利根拠事由をそれぞれ充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利発生効果または権利根拠効果を排斥する抗弁として、請求権の権利消滅事由を充足する主要事実について、請求権の権利行使事由を充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利行使効果を排斥する抗弁として、権利行使阻止事由を充足する主要事実についてそれぞれ主張責任を負い、原告は、請求を維持するべく請求の原因のうち請求権の権利発生事由または権利根拠事由を充足する主要事実の主張が認定されたことにより生じた・いま述べたところの分配効果を確保するために、抗弁である権利滅却事由を充足する主要事実の主張に対しては、それが認定されることにより生ずる権利滅却効果を排斥する再抗弁として、権利消滅障害事由を、権利消滅事由または権利滅却事由が同時に権利発生事由であるときは、それをそれぞれ充足する主要事実の主張に対して、権利消滅事由を充足する主要事実について主張責任を負う、というようにである。

ちなみに、否認も抗弁(広義)も、ともに主張責任を負う相手方の主要事実の主張により生ずる具体的な分配効果を排斥するために当事者の一方がする主張であるが、両者の違いは、否認が、相手方の主張する主要事実と両立しない具体的な社会事象の主張であるのに対し、抗弁は、相手方の主張する主要事実と両立する自己が主張責任を負う主要事実の主張であることである。

(2) 結果責任としての主張責任とは、なにか。

行為責任としての主張責任を負う当事者が、主要事実を事実審の口頭弁論終結時点までに(ただし、民訴157、157の2)弁論に上程(提出)しないときは、その当事者は、その主要事実を法的三段論法の小前提とするところの大前提である要件事実の結果である分配効果から推論される具体的な分配効果を享受することができない不利益を受ける。この不利益が結果責任としての主張責任である。

行為責任としての主張責任を負う当事者が、主要事実を事実審の口頭弁論終結時点までに(ただし、民訴157、157の2)弁論に上程(提出)しないときは、その当事者は、その主要事実を法的三段論法の小前提とするところの大前提である要件事実の結果である分配効果から推論される具体的な分配効果を享受することができない不利益を受ける。この不利益が結果責任としての主張責任である。

結果責任としての主張責任は、弁論主義の第1テーゼとされているが、なぜそのテーゼとなるかの説明は、多分に他の法律との対比で述べられるにすぎない。しかし、当事者の一方が行為責任としての主張責任を負っていないながら、主要事実の主張を回避ないし懈怠して責任を尽くさなかった以上当然の成り行きとして生じるものであって、独自の存在意義をもつものではないのである。

前述したように、旧民法証拠編2条には、「自己ノ主張ノ全部又ハ一部分ヲ法律ニ從ヒテ証セス又ハ判事力証拠ヲ査定スル權ノ自由ナル場合ニ於テ判事ニ此主張ノ心証ヲ起コサシメサリシ原告若クハ被告ハ其証セサリシ点ニ付キ請求又ハ抗弁ニ於テ敗訴ス」と規定されていた。ボアソナードは、

同条の趣旨を行為責任としての証明責任などを規定した同編 1 条「ノ制裁ニシテ自己ノ主張ヲ証明セサル当事者ハ一八其請求ニ於テ他ハ其抗弁ニ於テ敗訴ス」（司法省・前掲註釈16頁）と説明している。制裁というのはいささかきつすぎる表現のきらいがあり、行為責任としての証明責任を果たさなかったことの結果責任であると解せば足りるであろう。そして、同編 2 条は、直接的には結果責任としての証明責任を規定したものであるが、その前提として、結果責任としての主張責任が想定されていたことは容易に察知することができる。同条の規定を「自己ノ主張ノ全部又ハ一分ヲ法律ニ従ヒテ...セ...サリシ原告若クハ被告ハ其...セサリシ点ニ付キ請求又ハ抗弁ニ於テ敗訴ス」と省略形に書き直すだけでよいからである。

15 行為責任としての証明責任と結果責任としての証明責任とは、なにか。

(1) 証明とは、なにか。

証明は、第 1 義としては、事実審の裁判官が、口頭弁論の終結時点において、要証の（積極的または消極的）主要事実の存在につき証拠資料ないし弁論の全趣旨により確信を抱いた心理状態のことである。そして、確信という心理状態は、裁判官が経験則に照らして全証拠調べの結果および弁論の全趣旨を総合検討し、その存在を是認しうる高度の蓋然性によって裏づけられた、真実性について通常人が疑いを差し挟まない程度の心理状態をいうと解してよいだろう。

証明は、挙証または立証と同義のように考えられているが、挙証や立証は、語感的には証拠を提出することの含意で用いられるように思われる。これに対し、証明は、裁判官が要証事実の存在に確信を抱いた心理状態の意味のほかに、当事者が証拠提出活動により裁判官にその心理状態にさせることといった意味があるのではないだろうか。とくにこれを動詞として証明するということは、単に証拠を提出することにとどまらず、裁判官に確信を抱かせるべく証拠を提出する、あるいは、証拠を提出して裁判官に確信を抱かせるという意味で用いられるように思われる。

証明は、このように第 1 義としては、事実審の裁判官が、口頭弁論の終結時点において、要証の（積極的または消極的）主要事実の存在につき証拠資料ないし弁論の全趣旨により確信を抱いた心理状態のことである。そして、確信という心理状態は、裁判官が経験則に照らして全証拠調べの結果および弁論の全趣旨を総合検討し、その存在を是認しうる高度の蓋然性によって裏づけられた、真実性について通常人が疑いを差し挟まない程度の心理状態をいうと解してよいだろう（最二判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁参照）。そうすると、証明は、裁判官の事実認定の心証がこの程度に達した心理状態であることになる。一般に事実認定に必要な心証の最下限を証明度というが、証明度に達しさえすれば、悉無律により要証の主要事実が認定されるということである。

(2) 要証事実および法律上の推定とは、なにか。

i 要証事実とは、なにか。

証拠ないし弁論の全趣旨により証明を要する事実を要証事実という。

当事者の一方の・人間が五官の作用によって認識することができる自然的・社会的事実の主張＝

事実上の主張を相手方が争う場合であっても、その事実が顕著な事実すなわち公知の事実および裁判所に顕著な事実については、当事者の一方は、これを証明することを要しない（民訴179）。顕著な事実は、真実であるとの客観的な担保があるとみられるのである。また、法律上の推定のある事実も不要証事実であるが、法律上推定される事実においては、その事実について証明責任を負う者が推定を受けるための事実＝前提事実を証明しなければならないから、前提事実を証明したかぎりでは法律上推定される事実を証明しないで済むということにすぎない。

事実上の主張について当事者間に争いがあるときは、不要証事実以外の（積極的または消極的）主要事実の存在は、法定の証拠方法を法定の手続に従って取り調べた証拠ないし弁論の全趣旨によって証明されないかぎり、裁判所は、これを判決の基礎とすることができない。このように証拠ないし弁論の全趣旨により証明を要する事実を要証事実というのである。

ii 法律上の推定とは、なにか。

法律上の推定は、法規の適用によってする推定であり、これには、法律上の事実推定、法律上の権利推定および暫定真実があるとされるが、暫定真実については疑問がある。

法律上の推定（広義）は、法規の適用によってする推定である。通説的見解によれば、法律上の推定には、推定される事項が事実である法律上の事実推定、推定される事項が権利である法律上の権利推定および前提事実を欠く推定である暫定真実がある。広義の法律上の推定からを除いた狭義の法律上の推定は、証明責任の負担を軽減ないし緩和し、前提事実を証明したときは相手方が推定事実の不存在を証明しないかぎりその存在が推定されるものであり、暫定真実は、証明責任の分配を転換するものであるといわれる。この通説的見解は、兼子博士の「推定の本質及び効果について」法協55巻12号2197頁以下（この論文は、同・民事法研究 巻295頁以下に収録されている）の見解を祖述するものであるが、兼子博士のこの見解は、1933年の全面的改正前におけるドイツ民事訴訟法上の学説を取捨選択しながら形成されたものであり、とくにローゼンベルクの証明責任論第二版の影響を強く受けているものである。

推定を定める法規の規定は、裁判規範であるというべく、したがって、推定事実の存在についての主張責任は、規定の趣旨に従って、推定によって利益を受ける者にあるというべきである（拙稿「民事訴訟法における法律上の推定について 民法一八六条を中心として」白川和雄先生古稀記念・民事紛争をめぐる法的諸問題197～218頁をみられたい）。そして、証明責任も、同様であろう（私は、同論文では、証明責任については通説的見解を支持したが、少なくとも についてはそれを改め、藤原弘道教授（当時、判事）の見解[「所有権の取得時効の要件事実 民法一八六条一項の性格をめぐって」司法研修所論集・創立三十周年記念特集号1～15頁]に従うべきではないかと考えている）。

これを短期取得時効（民162）の要件事実についてみてみよう。司法研修所民事教官室は、「右民法一八六条一項の推定規定はむしろ『暫定真実』の性質を有すると解する説（兼子・民事法研究 一巻三一二項）に従えば（ロ） [= 所有の意思をもって]（ハ） [= 平穩かつ公然に] はいずれも要件ではなく、むしろこれらがなくすなわち所有の意思のないことあるいは強暴隠秘であること

が所有権を争う側の主張立証責任に属すると解することとなる。二項では条文上更に、占有のはじめ（イ）善意にして（ロ）かつ過失なかりしことの要件を追加し、この場合には占有の期間は、（ハ）十年間に短縮している。そのうち（イ）善意の点は民法一八六条一項により推定されるから、むしろ相手方に取得者の悪意についての主張立証責任があると解される…。無過失については右のような推定の規定がなく、むしろ所有権の取得を主張するものに立証責任があると解するのが通説であろう…。そうすれば結局この規定により取得時効を主張するものとしては所有の意思をもって平穩公然善意にということは主張立証の要なくただ占有のはじめ、無過失であったことすなわち権利が自分に属すると信ずべき正当の理由があったこと十年間の占有のみを主張立証すべきことになる。」（司法研修所報26号198～9頁）という。しかし、この見解によると、所有権確認訴訟において、原告が短期取得時効を主張すべく請求の原因で、占有のはじめ無過失であったことを主張し、被告がそれを争うので、占有のはじめ無過失であったことを基礎づける事実を主張したが、被告がそれをも争うのでその事実を証明したにもかかわらず、被告が抗弁で、原告が所有の意思がないことあるいは占有のはじめ悪意であることを主張ないし証明できることになる。しかし、占有のはじめ無過失であったことと、所有の意思がないことまたは占有のはじめ悪意であることとは両立しえないことであるから、前者が所有権を取得した側に主張責任および証明責任があるとすると、後者が所有権の取得を争う側の主張責任および証明責任になることはありえないのではないだろうか。そうだとすると、短期時効取得による所有権の存在を主張する者は、藤原教授のいわれるように、（イ）10年間、（ロ）所有の意思をもって、（ハ）平穩かつ公然に、（ニ）他人の不動産を、（ホ）占有し、占有のはじめに（ヘ）善意で、（ト）かつ過失がなかったことについて主張責任および証明責任があることになり（ただし、（イ）の主張を相手方が争うときは、10年間の前後の両時点において占有したことを主張し、証明すればよい。つまり、それについて主張責任および証明責任がある）、その存在を争う者は、（イ）ないし（ト）の主張を争いあるいは積極否認し、反証を提出すればよいことになろう（ただし、（イ）にかぎっては、占有の中断があったことについて所有権の存在を争う者に主張責任および証明責任があると解する可能性があることをまったく否定することはできない）。そして、私が旧説の論拠の一つとした旧民訴法の立法段階における民事訴訟法草案263条（原告又ハ被告ノ主張シタル事実ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ証スルコトヲ要セス〔1号省略〕第二其事実カ民法又ハ此法律ノ規定ニ從ヒ他ノ確定シタル事実ニ因リ推定セラルヘキトキ〔3号省略〕）および264条2項（前項第二号ノ場合ニ於テ推定ニ對シ反証ヲ許スヘキヤ否ハ民法及ヒ此法律ノ成規ニ依ル）は、条文どおりに素直に解すればよかったことになる。

(3) 行為責任としての証明責任とは、なにか。

行為責任としての証明責任は、具体的な訴訟において、当事者の一方が、証明責任の分配により請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件に対する立場から定まっているところの要件事実を充足する主要事実のうちの要証事実を証明すべき負担である。

行為責任としての証明責任は、具体的な訴訟において、当事者の一方が、証明責任の分配により請求またはそれを基礎づけもしくは排斥する規範的要件に対する立場から定まっているところの要

件事実を充足する主要事実のうちの要証事実を証明すべき負担である。

この証明責任の分配は、すでに述べたように、法律上の推定を別とすれば、事実上の主張についての主張責任の分配と完全に一致する。したがって、行為責任としての証明責任は、当事者の一方が、この主張責任の分配により負担するところの要件事実を充足する主要事実の主張のうち相手方が争うものについて、証拠資料ないし弁論の全趣旨をもって裁判官に確信を抱かせなければならない場合に発現する。責任といっても、負担であって、義務ではなく、また、結果責任としての証明責任のように不利益ではない。そして、行為責任としての証明責任は、具体的な訴訟でどのような訴訟状態においても、相手方に転換することはない。具体的な訴訟においては、行為責任としての証明責任を負う当事者の一方が要証事実を証明するのに足りる証拠（本証）を提出し、相手方は、敗訴を免れたいと思うならば、裁判所のその本証による心証を動揺させるに足りる証拠（反証）を提出する必要がある、この立証の必要は、その程度に応じて当事者の間を移動することがあるが、当事者の双方のこの立証の必要という負担は、事実上のもので法律上のものではないから、行為責任としての証明責任とは直接には関係がないのである。

(4) 結果責任としての証明責任とは、なにか。

行為責任としての証明責任を負う当事者が、要証の主要事実を事実審の口頭弁論終結時点において証明することができなかったときは、その当事者は、その主要事実を法的三段論法の小前提とするところの大前提である要件事実の結果である分配効果から推論される具体的な分配効果を享受することができない不利益を受ける。この不利益が結果責任としての証明責任である。

行為責任としての証明責任を負う当事者が、要証の主要事実について事実審の口頭弁論終結時点までに（ただし、民訴157、157の2）証拠を提出しなかった（無証明）か、または、証拠を提出したが、それが証明するに足りるものでなかったり反証によって裁判官の心証が動揺したりして、同時点で裁判官にその主要事実について確信を抱かせることができなかった（証明失敗または証明不成功）すなわちその当事者の立証活動にもかかわらず前述した証明度に達しなかったかした場合には、裁判所は、その主要事実を小前提として大前提である裁判規範の要件事実に当てはめることができないため、その結果である裁判規範の分配効果から推認される具体的な分配効果が生じたことを判断することができない。

こうして、行為責任としての証明責任を負う当事者は、事実審の口頭弁論終結時点において、要証の主要事実を証明することができなかったことにより、具体的な分配効果の発生を享受することができない不利益を受ける。この不利益が結果責任としての証明責任である。

結果責任としての証明責任は、旧民法証拠編2条に規定されているところであるが、行為責任としての証明責任を負っていないながら、結果として要証の主要事実の証明ができなかったことの当然の成り行きなのである。

16 まとめをすると、どうなるか。

要件事実についての通説と私見とは、結論的にいえば、法的三段論法の小前提と大前提との違いにすぎないが、この違いは、それぞれの理論的基礎に起因する論理必然的な結果であり、しかも、両説の発想は、まったく逆であるから、両説を調整することは不可能であるといつてよいであろう。

以上に述べてきたことを取りまとめると、要件事実は、通説では、主要事実と同義であり、私見では、裁判規範の要件であるが、通説のいう要件事実が裁判規範の要件に該当する具体的な事実をいうのであるとすれば、私見とは、法的三段論法の小前提と大前提との違いにすぎない。しかし、通説が要件事実を主要事実と同義であるといわなければならないのは、その理論的基礎を、裁判官の要証事実の真偽不明を解決するための法理である「客観的証明責任」に置くからであるのに対し、私見が要件事実を裁判規範の要件であるとするのは、旧民法証拠編 1、2 条の法理を踏まえた慣習法を体系的に理論づけた結果以上のものではないが、私法上の権利関係の変動とその原因の法的根拠を、私人を名宛人とし、現実の社会に生起した・対等な私人間の生活関係ないし社会関係にかかわる社会事象に適用される要件とそれに付与される効果を定める「行為規範」であるとするところによる。したがって、両説は、論理必然的な違いであり、しかも、両説の発想は、まったく逆であるから、両説を調整することは不可能であるといつてよいであろう。そのことは、通説が客観的証明責任を出発点としながら、民事実体法を適用するために、途中で論理をすり替えなければならないことによって明らかである。通説が要件事実を主要事実と同義であるといつても、それは、個々の具体的な事実ではなく、多分に抽象化したものであるから、結論において両説においてそれほどの違いはないなどということとはできないのである。

本稿は、法曹養成研究所特別講義「要件事実論」第 1 ～ 第 5 回の講義案を加除訂正したものである。